

Arbeidsmiljølovens regler om outsourcing

Kandidatnr: 348

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25.04.03

Til sammen 17989 ord

14.05.2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	PRESENTASJON AV TEMA	1
1.2	HOVEDPROBLEMSTILLING	1
1.3	DEFINISJONER	2
1.4	AVGRENSNINGER	2
1.5	BAKGRUNN/ HVORFOR OUTSOURCING?	4
1.6	RETTSKILDESITUASJONEN	5
2	<u>HOVEDDEL</u>	6
2.1	INNLEDNING	6
2.2	FORMÅL	7
2.3	FORHOLDET TIL DET ALMINNELIGE OPPSIGELSESVERN	9
2.4	DET MATERIELLE INNHOLD I OPPSIGELSESVERNET.	10
2.4.1	INNLEDNING	10
2.4.2	ANVENDELSESOMRÅDET: "ORDINÆRE DRIFT"	10
2.4.2.1	Vurdering av dommen i Rt.1999/989	12
2.4.3	SAKLIGHETSNORMEN: "NØDVENDIGHETSKRITERIET".	15
2.4.4	KRAVET TIL ÅRSAKSSAMMENHENG	18
2.4.5	"SETTE UTPÅ OPPDRAG"	18
2.5	VURDERING AV OPPSIGELSESVERNET ETTER § 60 NR.2 ANNET LEDD	21
2.6	GRENSEFLATEN MOT VIRKSOMHETSOVERDRAGELSER	25
2.6.1	VURDERING	34
2.6.2	VURDERING AV STANDPUNKTET I Rt.2001/248	37
2.7	VIRKNINGER AV AT OUTSOURCING ANSES SOM EN VIRKSOMHETSOVERDRAGELSE	39
2.8	VALGRETT FOR ARBEIDSTAKER VED OUTSOURCING	39
2.8.1	VARSLINGSFRIST FOR VALGRETEN	46
2.8.2	VIRKNINGER AV AT ARBEIDSTAKER HAR VALGRETT	48
2.8.3	SÆRLIG PROBLEM I FORBINDELSE MED STYRINGSRETEN	48
2.8.4	VURDERING AV VALGRETEN	50
3	<u>AVSLUTNING</u>	51

3.1	KOMPLISERTE REGLER	51
3.2	IMPLIKASJONER FREMOVER - HVA SKJER?	51
4	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>52</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Denne oppgaven vil forsøke å belyse arbeidstakers rettigheter ved outsourcing. Det sentrale vil være å gi en fremstilling og vurdering av gjeldende rett når det gjelder innholdet i arbeidstakers oppsigelsesvern der arbeidsgiver setter ut deler av sin tidligere drift til eksterne oppdragstakere, og dette medfører bortfall av arbeidsoppgaver hos arbeidsgiver, og dermed oppsigelse av ansatte. I det følgende vil jeg drøfte innholdet i arbeidstakers oppsigelsesvern etter arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr.4 § 60 nr.2 annet ledd. I den forbindelse vil det også gis en kort beskrivelse av forholdet til det alminnelige oppsigelsesvernet i § 60. Arbeidsmiljøloven § 60 nr.2 annet ledd har ofte også en viktig side mot arbeidsmiljølovens regler i kapittel XII A om virksomhetsoverdragelser. Grenseflaten mot disse regler vil bli tatt opp under en drøftelse av hvorvidt outsourcing er en virksomhetsoverdragelse. I den forbindelse vil jeg også ta opp spørsmålet om i hvilken grad arbeidstaker har en valgtrett med hensyn til om han vil bli med over til ny arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelser. Dette fordi en eventuell valgtrett vil ha betydning for arbeidstakers oppsigelsesvern hos den arbeidsgiver som utkontraherer.

Outsourcing har både en økonomisk, politisk og juridisk side.¹ Denne oppgaven vil omhandle den juridiske siden av outsourcing.

1.2 Hovedproblemstilling

Hovedproblemstillingen for oppgaven blir å drøfte i hvilken grad arbeidstaker er vernet mot oppsigelser som følge av outsourcing.

¹ Se nedenfor under avsnitt 1.5

1.3 Definisjoner

Hva ligger i begrepet outsourcing?

Med outsourcing forstås at arbeidsgiver overlater hele eller deler av en bedrifts funksjoner til en eller flere eksterne leverandører, som via en eller annen form for kontrakt, forpliktes til å levere avtalte ytelser. Dette kan eksempelvis skje gjennom forhandlinger på bakgrunn av innhenting av tilbud, eller gjennom anbudskonkurranse. Arbeidsgiver slutter å utføre en eller flere tjenester ved egne ansatte, samtidig som tilsvarende kjøpes fra en ekstern tjenesteyter. Dette reduserer størrelsen på bedriften, noe som igjen kan medføre behov for slanking av arbeidsstokken. Poenget er at man benytter en ekstern leverandør for å utføre en oppgave istedenfor å løse denne selv.

Lovteksten bruker begrepet ”sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag” om outsourcing. På norsk kan ordet ”utkontrahering” eller ”utsetting” gi en dekkende beskrivelse. I det følgende vil disse begreper brukes som synonymer til outsourcing.

Begrepet outsourcing har to forskjellige betydninger. På den ene side kan begrepet gis meningen å overlate noe til andre. Outsourcing er på den måten en eksternalisering av eksisterende tjenester som reduserer størrelsen på en organisasjon og ofte også antallet ansatte. På den annen side benyttes også begrepet outsourcing i betydningen å kjøpe nye varer og tjenester, som resulterer i en ekspansjon av bedriften uten å påvirke bedriftens størrelse eller arbeidsstyrke. Det sistnevnte innhold av begrepet har ingen betydning i forhold til oppgaven. Dette fordi problemer knyttet opp mot denne forståelse ikke gir aktualitet i forhold til oppsigelse av arbeidstakere.

1.4 Avgrensninger

Det avgrenses av hensyn til oppgavens omfang mot en egen og helhetlig behandling av reglene om virksomhetsoverdragelse.

Et nytt kapittel XII A ble tilføyd arbeidsmiljøloven ved endringslov av 27. november 1992 nr. 115, og trådte i kraft samtidig med EØS-avtalen den 1. januar 1994. Forarbeider til kapitlet er Ot.prp. nr.71 1991-92, samt Innst.O. nr..5 1992-93. Reglene i kapitlet skal ved motstrid gå foran

andre norske rettsregler, jfr. EØS-loven § 2. Kapitlet implementerer EF-direktiv 77/187 om virksomhetsoverdragelser. I tillegg til et krav om implementering, krever EØS-avtalen at de norske regler tolkes i samsvar med praksis fra EF-domstolen. Dette innebærer at direktivets regler, slik disse er fastsatt gjennom praksis i EF-domstolen og EFTA-domstolen, vil være førende også for forståelsen av de tilsvarende norske lovreglene.

Reglene avløser den tidligere § 60 nr.3 i arbeidsmiljøloven, men anvendelsesområdet for de nye reglene er videre, og arbeidstakerne gis flere rettigheter, jfr. Ot.prp. nr 71 1991-92. Reglene skal sikre at endringer i eierforhold eller andre endringer på arbeidsgiversiden ikke medfører dårligere rettigheter for arbeidstakerne, jfr. Ot. Prp. Nr. 79 2000-01. Arbeidsgivers forpliktelser overfor arbeidstakerne skal derfor overføres til den nye arbeidsgiver ved virksomhetsoverdragelsen. Det fremmes i Ot.prp. nr.79 2000-01 enkelte forslag til endringer i reglene. Bakgrunnen for forslaget er et endringsdirektiv 98/50 fra ministerrådet i EU. Endringsforslaget skal kodifisere rettspraksis fra EF-domstolen og klargjøre enkelte bestemmelser.²

Av hensyn til oppgavens størrelse avgrenses det videre mot en behandling av spørsmålet om i hvilken utstrekning den gamle arbeidsgiver kan bli ansett som arbeidsgiver sammen med ny arbeidsgiver etter en virksomhetsoverdragelse.³

Av samme grunn avgrenses det også mot en behandling av tariffavtalens stilling ved virksomhetsoverdragelse, der denne gir ansatte et sterkere oppsigelsesvern enn det som følger av loven.⁴

Det avgrenses også mot behandling av spørsmålet om i hvilken utstrekning arbeidsgiveransvar kan påhvile flere foretak. Spørsmålet kan få betydning i forhold til saklighetsvurderingen av en oppsigelse etter § 60.⁵

Det nærmere innholdet i og avgrensning av begrepene ”arbeidstaker” og ”arbeidsgiver”, se nærmere arbeidsmiljøloven §§ 3 og 4, vil heller ikke bli behandlet i denne oppgaven.⁶

² Det finnes en omfattende rettspraksis fra EF-domstolen rundt problemer i forbindelse med anvendelsesområdet for reglene. Av norsk rettspraksis kan særlig nevnes Rt.1997/1954, Rt.1997/1965 og Rt.2001/248.

³ Uttalelser om dette problemet finnes i Rt.2000/2058, jfr. Rt.1989/231, Rt.1990/1126, Rt.1993/490 og Rt.1993/954. I grove trekk kan sies at det sentrale i vurderingen er at gamle arbeidsgiver i tilstrekkelig grad må klargjøre at han trer ut av sin arbeidsgiverposisjon.

⁴ Nærmere om tariffavtalers stilling ved virksomhetsoverdragelse i Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Kapittel 5.8.

⁵ Jfr. i denne forbindelse NOU 1996:6 vedrørende forslag til ny § 4 tredje ledd i arbeidsmiljøloven. Forholdet vil være at det i visse tilfeller lettere kan tenkes at arbeidsgiver har annet passende arbeid i virksomheten å tilby arbeidstakeren.

1.5 Bakgrunn/ hvorfor outsourcing?

Outsourcing er den senere tid blitt et sentralt utviklingstrekk i bedriftsorganisering. Gjennom de siste tiår har det skjedd en stor utvikling med hensyn til hvilke oppgaver en bedrift selv ønsker å utføre og hvilke tjenester den ønsker å kjøpe inn fra andre. Den store økningen i og systematiske bruk av outsourcing av tjenester en bedrift har varig behov for, er en trend en særlig har sett de siste ti år. Den markante økning i bruken av utkontrahering kan registreres nasjonalt så vel som internasjonalt.

Outsourcing er et resultat av tanken om å konsentrere bedriftens egne ressurser om kjernekompetanse og derved outsource de funksjoner den verken har et absolutt strategisk behov for eller spesiell kompetanse på. Tankegangen er at bedriften kan konsentrere seg om kjernevirksomheten. Derfor har det tradisjonelt sett vært vanligst å sette bort støttefunksjoner som rengjøring, kantinedrift, transport, resepsjons- og sentralbordtjenester. Oftest er det aktuelt med selektiv outsourcing. I stedet for å sette ut hele funksjoner i bedriften setter man ut visse aktiviteter eller oppgaver innenfor hver funksjon.

Effektivisering, kostnadsbevissthet og kvalitetssikring nødvendiggjør diskusjoner om i hvilken grad det er hensiktsmessig for bedrifter å utføre aktiviteter selv, eller å overlate disse til eksterne oppdragstakere. Det bærende element i denne tankegangen er det syn at det ofte ikke vil være lønnsomt for en bedrift å utføre alle aktiviteter selv. Eksterne tjenesteytere antas å kunne levere varer og tjenester til en lavere pris og/eller med en høyere kvalitet enn bedriften selv klarer ved bruk av intern arbeidskraft/produksjon. Den eksterne tjenesteyter vil gjennomgående være spesialist på det aktuelle område. Kvalitetskontrollen av ytelsene vil effektiviseres ved at ytelsene er lettere å kontrollere. Dette fordi resultatet vil være garantert ved at pris og kvalitet på ytelsen er definert i avtalen med tjenesteyter.⁷

Kostnadsbesparelser kan igjen gi økt konkurranseevne. Ved å redusere arbeidsstokken, slipper man eksempelvis arbeidsgiveravgift, feriepengen, sykelønn m.v.

⁶ Om innholdet i begrepene i Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Side 24-37. Innholdet i begrepene er avgjørende for om arbeidstakerne nyter godt av stillingsvernet etter arbeidsmiljøloven.

⁷ Imidlertid mister bedriften noe av kontrollen over tjenestene. Denne ulempen kan et stykke på vei avhjelpes ved bestemmelser i avtalen med den eksterne tjenesteyter.

En utkontrahert tjeneste vil gi større fortjeneste ved lavt aktivitetsnivå i bedriften. Man slipper å ha ansatte ”gående på gress”.

Også for de ansatte som ikke risikerer oppsigelse som følge av utkontraheringen kan det medføre fordeler. Spesialisering vil for det første kunne bety bedre utviklings og karrieremuligheter. Arbeidstakerne vil kunne føle at de etter utkontraheringen er ansatt innenfor arbeidsgivers satsningsområde. Dette vil kunne medføre en bevisstgjøring av å gjøre en god og effektiv jobb. Fordelene med denne bevisstgjøring kommer både arbeidstaker og arbeidsgiver til gode. Dernest kommer at arbeidstakerne vil kunne få større trygghet i betydningen jobbsikkerhet når de er ansatt i en spesialistbedrift. Det er større sjanse for at markedet etterspør deres ytelser når de er spesialister og kan utføre en høyere grad av kvalitet i de tjenester de faktisk utfører.

1.6 Rettskildesituasjonen

Ved lovendring av 6. januar 1995 nr.2 fikk arbeidsmiljølovens § 60 om oppsigelsesvern et nytt ledd som skulle styrke de ansattes vern ved arbeidsgivers bruk av kontraktører. Noen uttalelser om bestemmelsen finnes i forarbeidene til bestemmelsen.⁸ Siden bestemmelsen er så vidt ny, er det foreløpig relativt sparsomt med høyesterettsrettspraksis rundt den. Med tid vil også innholdet i denne bestemmelse utkrystallisere seg gjennom domspremisser i høyesteretts avgjørelser.⁹ Den litteratur som er skrevet rundt problemet er i det alt overveiende enkelte spredte artikler. Når det gjelder innholdet i begrepet ”ordinære drift” i § 60 nr.2 annet ledd, finnes en høyesterettsdom, gjengitt i Rt.1999/989. Denne dommen reiser en del særlige rettskildemessige problemer. Se i denne forbindelse under punkt 2.4.2.1, der det foretas en vurdering av dommen.

Lovregulering av virksomhetsoverdragelser finnes i arbeidsmiljøloven kapittel XII A.¹⁰ På dette området finnes endel rettspraksis fra Høyesterett så vel som avgjørelser fra EF-domstolen. Av forarbeider rundt bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse kan

⁸ Ot.prp. nr.50 1993-94 side 183-185 og 237.

⁹ I tillegg finnes noe underrettspraksis. Sentral her er en dom gjengitt i RG. 1997/911, selv om dens vekt som rettskildefaktor ikke på langt nær er den samme som for høyesterettsdommer. Vekten vil avta ytterligere dersom etterfølgende praksis skulle vise seg å gå på tvers av uttalelsene i dommen.

¹⁰ Se nærmere i petitavsnittet under punkt 1.4.

nevnes Ot.prp. nr 71 1991-92. Disse ligger til grunn for aml. kapittel XII A. Av relevans er også Ot.prp. nr 79 2000-01 om forslag til endringer i reglene. Den juridiske teori rundt virksomhetsoverdragelser er også langt mer utfyllende enn situasjonen er rundt § 60 nr.2 annet ledd.

Når det gjelder spørsmålet om arbeidstakers valgrett, finnes det ennå ingen lovregulering av problemet. Innholdet i valgretten hviler på ulovfestet rett. I NOU 1996:6 er det foreslått ny § 73 F, som skal regulere adgangen til valgrett. Rettspraksis er en sentral rettskilde, og to høyesterettsdommer fra 1999 er her helt avgjørende for å fastslå gjeldende rett. I tillegg finnes to sentrale dommer avsagt i 2000, som presiserer rettstilstanden nærmere på bakgrunn av dommene fra 1999.¹¹ I litteraturen finnes også uttalelser om arbeidstakers valgrett.¹²

2 HOVEDDEL

2.1 Innledning

Den 6. januar 1995 vedtok stortinget regler som hadde til formål å ramme såkalt ”kontraktørvirksomhet”, eller som det heter i lovteksten i § 60 nr.2 annet ledd: ”å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag”, fremfor å la oppgavene utføres av egne ansatte. Reglene er tatt inn i samme paragraf i arbeidsmiljøloven som de andre regler om vern mot usaklig oppsigelse, og går i korthet ut på at oppsigelse i tilknytning til outsourcing ikke er saklig begrunnet med mindre utkontraheringen er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift.¹³

¹¹ Se Rt.1999/977, Rt.1999/989, Rt.2000/2047 og Rt.2000/2058.

¹² Jakhell. Oversikt over arbeidsretten. (1996) side 368-369, Berg. Arbeidsrett. (1930) side 58-59, Arnholm, Privatrekt III. (1974) side 72, Augdahl. Den norske obligasjonsretts almindelige del. (1972) side 370

2.2 Formål

Utgangspunktet for arbeidsgivers adgang til utsetting av virksomhet, som før har blitt utført av egne ansatte, ligger i styringsretten. Styringsretten kan defineres som arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe dem til opphør innen de rammer som gis i lovgivningen.¹⁴ En slik utsetting ligger naturlig innenfor hva arbeidsgiver kan beslutte i kraft av denne styringsretten. Reglene om oppsigelsesvern ved outsourcing bygger da også på dette utgangspunktet. Hensynet til de arbeidstakere, som på grunn av arbeidsgivers beslutning om utsetting får sine arbeidsplasser satt i fare, gjør imidlertid at det er nødvendig med lovregulering for å ivareta denne parts interesser rundt utsettingen. Man ser her et eksempel på at styringsretten beskjæres ved at det stilles et krav til saklighet for at oppsigelser grunnet utsetting skal anses legitime.

Bakgrunnen for bestemmelsen er den siste tids utvikling med bruk av kontraktører i stedet for at bedriften bruker egne ansatte til å utføre arbeidet. I forarbeidene¹⁵ uttalte finanskomiteen på stortinget: ”Flertallet viser til at kontraktørvirksomheten bl.a. medfører at arbeidsgiver slipper å betale arbeidsgiveravgift, sykellønn, feriepengar og yrkesskedeforsikring. Videre unngås en rekke bestemmelser som følger av arbeidsmiljøloven, herunder arbeidstidsbegrensninger og oppsigelsesfrister”. Man ser her at forarbeidene er klar over de farer som ligger i at innsparingsmulighetene til arbeidsgiver kan friste til en omgåelse av de sosiale verne og velferdshensyn som ligger til grunn for arbeidsmiljøloven. Komiteen fremhever alvoret i at enkelte firmaer sier opp ansatte for deretter å tilby de samme ansatte å utføre arbeidet etter at disse er registrert som selvstendig næringsdrivende.¹⁶

¹³ Verdt å merke seg er at konsesjonspliktig virksomhet kan være en absolutt skranke for outsourcing. Dersom konsesjonsvilkårene forutsetter at virksomheten selv skal utføre bestemte oppgaver, vil det ikke være mulig å utkontrahere disse oppgavene.

¹⁴ Jfr. Jakhell. Oversikt over arbeidsretten. Side 22.

¹⁵ Innst.S. nr.240 1990-91

¹⁶ Se i forbindelse med begrepet selvstendig næringsdrivende Rt.2002/996. Spørsmålet i saken var om en ingeniør, som utførte tidsbegrensede oppdrag i prosjekter vedrørende offshore-installasjoner, skulle regnes som arbeidstaker eller selvstendig næringsdrivende. Retten kom til at han manglet det nødvendige resultatansvar, og at han derfor måtte anses som arbeidstaker. Andre sentrale avgjørelser om grensdragningen er Rt.1994/1064 og Rt.2000/1981.

Behovet for å unngå undergraving av lærlingeordningen fremheves også som et viktig formål bak lovreguleringen. Flertallet i komiteen fremhever også at en styrking av oppsigelsesvernet kan begrense utbredelsen av ”svart arbeid”, som er et generelt problem i bygge og anleggsbransjen.

I Ot.prp.50 1993-94 tiltrer departementet finanskomiteens syn. Departementet viser også til behovet for å verne den svake part i arbeidslivet som en generell begrunnelse for den nye bestemmelse. Om denne begrunnelse holder stikk i samme grad som før, kan innenfor mange felt av arbeidslivet hevdes å være noe usikkert. Fagorganisasjoner representerer i dag i stor utstrekning arbeidstakerne, og fungerer som en motvekt mot det tradisjonelle syn at arbeidsgiver alltid er den sterke part i forholdet.

Hensikten er videre at det nye annet ledd skal begrense interesseavveiningen etter § 60 nr.2 første ledd. Dette skjer som en innrømmelse av at det generelle oppsigelsesvern ikke er tilstrekkelig for å verne arbeidstaker i disse tilfellene. Uttalelser i NOU 1992:20 peker også på betydningen av en presisering av reglene i det generelle oppsigelsesvern i § 60 for å unngå omgåelser og svekkelse av arbeidstakeres stilling. Kritikken mot de gjeldende regler har fra arbeidstakerhold gått ut på at det i domstolenes praktisering av rimelighetsvurderingen i § 60 nr.2 annet punktum har blitt lagt for mye vekt på bedriftens behov for rasjonalisering og driftsinnskrenkninger.

Forarbeidene¹⁷ påpeker at utbredt bruk av outsourcing på lang sikt vil kunne medføre utrygge arbeidsplasser. Det kan derfor hevdes at opprettholdelse av et sterkt oppsigelsesvern er av betydning for å sikre arbeidsmiljølovens målsetting om å sørge for trygge tilsettingsforhold, jfr. Aml. § 1 nr.2.

I Ot. prp 50 1993-94 uttales det videre at formålet med lovendringen først og fremst retter seg mot de tilfelle der arbeidsgiver sier opp ansatte der dette innebærer økonomisk gevinst og hvor bedriftens fortsatte eksistens ikke er avhengig av utkontrahering.

Samlet sett kan man på bakgrunn av forarbeidene til bestemmelsen i grove trekk si at hovedformålet med bestemmelsen er å styrke oppsigelsesvernet ved utkontrahering.

¹⁷ Ot.prp.nr.50 1993-94 side 184.

2.3 Forholdet til det alminnelige oppsigelsesvern

Arbeidsmiljøloven § 60 nr.1 er den sentrale bestemmelsen i arbeidstakers oppsigelsesvern. Etter denne bestemmelsen kan en arbeidstaker ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgiverens eller arbeidstakerens forhold. § 60 nr.2 første ledd presiserer saklighetskravet ved driftsinnskrenkninger og rasjonaliseringstiltak. Den presisering som er foretatt i nr.2 første ledd tar sikte på å gi arbeidstakers behov for et sikkert ansettelsesforhold større gjennomslagskraft i forhold til arbeidsgivers økonomiske vurderinger. En ser at dette alminnelige oppsigelsesvern, allerede før vedtakelsen av nytt annet ledd i nr.2, gir arbeidstakere et visst vern mot oppsigelser grunnet outsourcing. Annet ledd i § 60 nr.2 presiserer saklighetskravet ved outsourcing ytterligere ved at det stilles enda strengere krav for at oppsigelse i disse tilfellene skal kunne anses å gi saklig grunn til oppsigelse. Dersom en utkontrahering ikke faller innenfor hva som anses som bedriftens ordinære drift kommer ikke det nye annet ledd til anvendelse. Man er da utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Arbeidstaker er i disse situasjoner allikevel vernet mot oppsigelse, men da etter det svakere vern som gis i § 60 nr.1, jfr nr.2 første ledd.

For de utsettingssituasjoner som ikke er særlig beskyttet av § 60 nr.2 annet ledd vil arbeidstakers oppsigelsesvern altså måtte vurderes ut fra det alminnelige oppsigelsesvern. Illustrerende for forholdet mellom de to bestemmelser er en dom fra Høyesterett, gjengitt i Rt. 1999/989. Høyesterett kom i dette konkrete tilfelle til at selv om renholdsfunksjonen var viktig i et slakteri, måtte den anses som en støttefunksjon som falt utenfor anvendelsesområdet til § 60 nr.2 annet ledd. Konsekvensen av dette var at oppsigelsen måtte vurderes ut fra bestemmelsen i § 60 nr.2 første ledd. Denne bestemmelsen sier at oppsigelser som skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak, som var det aktuelle her, ikke er saklig begrunnet dersom arbeidsgiveren har annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren. I denne saken var det ansatt en annen person til å utføre renhold av kontorlokalene. Denne personen måtte i tilfelle sies opp for å gi plass til saksøkeren. De to hadde bortimot like lang ansiennitet, og de tillitsvalgte motsatte seg å si opp andre ansatte. I tillegg var det sosiale forhold som tilsa at den ansatte ikke burde sies opp til fordel for saksøkeren. Høyesterett kom på dette grunnlag til at oppsigelsen ikke var usaklig, da arbeidsgiver ikke hadde annet passende arbeid å tilby arbeidstakeren.

2.4 Det materielle innhold i oppsigelsesvernet.

2.4.1 Innledning

Problemet blir i det følgende å klarlegge anvendelsesområdet for, og innholdet i arbeidstakers oppsigelsesvern etter § 60 nr.2 annet ledd.

Arbeidsmiljøloven § 60 nr.2 annet ledd lyder: ” En oppsigelse som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut virksomhetens ordinære drift på oppdrag, er ikke saklig med mindre det er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift”. Bestemmelsen må ses som en presisering av første ledd. Den innskjerper saklighetskravet, som er det bærende prinsipp i arbeidstakers stillingsvern. Det er ikke lenger tilstrekkelig med en alminnelig interesseovervekt i favør av bedriftens behov for innsparinger.

Bestemmelsen sier ikke at outsourcing aldri er tillatt. Derimot sier den at outsourcing i enkelte tilfeller ikke kan begrunne oppsigelse av den eller de arbeidstakere som har utført de tjenester i bedriften som arbeidsgiver nå setter ut.

2.4.2 Anvendelsesområdet: ”Ordinære drift”

Et absolutt vilkår for at bestemmelsen skal komme til anvendelse er at hele eller deler av virksomhetens ordinære drift er gjenstand for outsourcing.

Ordlyden gir ikke nærmere veiledning med hensyn til hva som faller innenfor og hva som faller utenfor begrepet. Forarbeidene til bestemmelsen¹⁸ presiserer innholdet nærmere. Begrepet ordinær drift retter seg ifølge forarbeidene mot det som er hovedgjøremålet eller produksjonen i virksomheten. Dette innebærer at alle funksjoner som er nødvendige for å oppfylle virksomhetens målsetting faller innenfor begrepet.

Innenfor faller selve produksjonen av varer eller tjenester. Videre omfattes funksjoner som administrasjon og kontordrift. Som regel inngår også funksjoner som lager og distribusjon. Forarbeidene forutsetter likevel at vurderingen må skje etter en

¹⁸ Ot.prp. nr.50 1993-94.

konkret vurdering av den aktuelle virksomhet. Det innebærer derfor at visse funksjoner i gitte tilfeller kan tenkes å falle utenfor, men forarbeidene gir ikke veiledning for når dette kan bli aktuelt.

Rene støttefunksjoner som ikke har sammenheng med den ordinære drift faller derimot utenfor. Eksempler på støttefunksjoner er i forarbeidene kantinedrift, renhold og vakthold. Det fremkommer av proposisjonen at oppregningen ikke er uttømmende.¹⁹

I litteraturen omkring begrepet nevner Friberg²⁰ at også drift av dataanlegg og bedriftshelsetjeneste utgjør støttefunksjoner, som faller utenfor begrepet ”ordinære drift”. Videre nevner Friberg²¹ at innenfor begrepet faller rengjøringsarbeid i forbindelse med istandsetting av værelser og oppholdsrom for gjester ved drift av hoteller. Det antas da at renhold i forbindelse med hoteldrift ikke er en støttefunksjon som antatt i forarbeidene.

I litteraturen nevnes videre²² at en engrosvirksomhet bør kunne sette bort transportfunksjonen, et oljeselskap kan sette bort regnskap og catering. Dette er funksjoner som etter synspunkt i litteraturen ikke utgjør virksomhetens basisfunksjoner, og derfor kan settes ut fordi de faller utenfor den ordinære drift.

Forarbeidene gir anvisning på en konkret vurdering i det enkelte tilfelle for å avgjøre hva som er ordinær drift. Funksjoner som faller utenfor begrepet kan outsources uavhengig av begrensningene i § 60 nr.2 annet ledd. Oppsigelsene må i så fall vurderes opp mot det alminnelige saklighetskrav i § 60 nr.2 første ledd.

Avgrensningen av begrepet ”virksomhetens ordinære drift” er tatt opp i en Høyesterettsdom avsagt 30. juni 1999, gjengitt i Rt.1999/989. Dommen er relevant når innholdet i begrepet og således anvendelsesområdet for bestemmelsen skal avklares. Dommen gjaldt et tilfelle hvor et slakteri satte bort renholdet av produksjonslokalene til et renholdsselskap. Renholdsarbeidet hadde tidligere blitt utført av ansatte ved slakteriet. En av de ansatte motsatte seg overføring til renholdsselskapet, og gikk til sak mot slakteriet med påstand om ugyldig oppsigelse. Arbeidstakeren fremhevet at renhold av produksjonslokalene var helt nødvendig for slakteriets produksjon, og derfor måtte anses som en del av slakteriets ordinære drift. Arbeidstakeren mente altså at uttalelsene i

¹⁹ Ot.prp.nr.50 1993-94 side 237.

²⁰ Friberg. Arbeidsmiljøloven med kommentarer. 7.utgave side 456.

²¹ Friberg. Arbeidsmiljøloven med kommentarer. 6.utgave side 414. Synspunktet er ikke gjentatt i 7.utgave av boken.

²² Dege. Arbeidsgivers styringsrett. Bind 3 side 70.

forarbeidene om at renhold faller utenfor begrepet ordinær drift ikke kunne tillegges vekt. En enstemmig Høyesterett delte ikke dette syn.

Høyesterett gjennomgår uttalelser i forarbeidene til bestemmelsen, og finner at disse ikke gir noen klar løsning av denne saken, selv om de uttrykkelig nevner renhold som et eksempel på en støttefunksjon. Man ser her at klare uttalelser i forarbeidene ikke blir tillagt avgjørende vekt og at innholdet må bestemmes ut fra en bredere vurdering.

I dommen blir konsekvensbetraktninger tillagt vesentlig vekt. Det sies at renhold er spesielt viktig i slakterier og sykehus. Viktigere enn ellers. Behovet for å kunne sette ut renholdsfunksjonen til spesialister, for å få en profesjonell utførelse, kan derfor tenkes å være større for et slakteri enn for andre bedrifter. Høyesterett sier: ”Dersom renholdets betydning for den enkelte virksomheten skulle være avgjørende for om det omfattes av § 60 nr.2 annet ledd, ville i tilfelle konsekvensen bli at muligheten for å sette det ut til et spesialfirma ble minst i de tilfeller hvor det kan være mest påkrevd”. Disse mulige uheldige konsekvenser av lovreguleringen tillegger Høyesterett vekt i retning av at renholdsfunksjonen her faller utenfor begrepet ordinær drift. Renhold i et slakteri ble altså ikke ansett som en del av den ordinære drift, selv om renhold ble ansett å være helt nødvendig for produksjonen ved slakteriet.

Uttrykket ”ordinært utføres i virksomheten” i forhold til midlertidig tilsetting i arbeidsmiljøloven § 58 A nr.1 første ledd, bokstav a, kan også gi veiledning når det nærmere innhold i begrepet ”ordinære drift” skal fastsettes.

2.4.2.1 Vurdering av dommen i Rt.1999/989

Ser man nøyere på det ovenstående sitatet fra dommen, kan det stilles spørsmålstegn om hvor heldig dommen er og hvor normerende den er for utviklingen av gjeldende rett. Ved fastsettelsen av innholdet i begrepet ”ordinære drift”, kan det synes som om Høyesterett har lagt vesentlig vekt på bedriftsøkonomiske hensyn og latt disse gå foran hensynet til et styrket oppsigelsesvern, som er det bærende formålet bak bestemmelsen. Bedriftens behov for outsourcing veies tyngre enn hensynet til stillingsvernet.

På generelt grunnlag kan det sies at et sterkt oppsigelsesvern ved outsourcing bidrar til at arbeidsgiver i stedet for å leie inn ekspertise for å utføre visse tjenester, må sørge for at egne ansatte spesialiseres og hever sin kompetanse, slik at de arbeidsoppgavene det var aktuelt å sette

ut grunnet behov for spisskompetanse nå kan utføres av egne ansatte. Denne økte kompetanse kan oppnås ved at arbeidsgiver videreutdanner og sender arbeidstakerne på kurs. Dette vil også bidra til å oppfylle arbeidsmiljølovens målsetting om å sikre trygge tilsettingsforhold og en meningsfylt arbeidssituasjon for den enkelte arbeidstaker, jfr. Aml. § 1 nr.2. Hadde høyesterett sagt at renhold i et slakteri er en del av den ordinære drift, ville arbeidsgiver blitt stimulert til å kurse og videreutdanne arbeidstakerne for å oppnå den nødvendige spesialkompetanse ved bruk av egne ansatte, fremfor å innhente spesialkompetanse gjennom outsourcing.

Det er neppe i samsvar med vanlig tolkingslære når Høyesterett her begrunner resultatet med hensyn som er i strid med klare uttalelser i forarbeidene. Forarbeidene er klare når de sier at arbeidsgiver ikke skal kunne bruke økt inntjening til fortrenghet for stillingsvernet til ansatte. Videre understreket flertallet i komiteen at det ikke er meningen med bestemmelsen å forhindre enmannsforetak. I denne dommen var det derimot ikke snakk om utsetting til et enmannsforetak, men utsetting til et renholdsselskap. Trekker man den slutning fra forarbeidene at det har vært meningen å hindre utsetting til andre enn enkeltmannsforetak, stemmer dommen også på dette punkt dårlig overens med klare uttalelser i forarbeidene. Vanlig tolkingslære forfekter det syn at det er best i tråd med demokratihensyn at Høyesterett er lojal mot lovgiverviljen.

Demokratihensynet aktualiserer problemer rundt skillet mellom jus og politikk. I denne dommen trekker Høyesterett inn andre hensyn enn de hensyn som er vektlagt av lovgiver ved utformingen av reglene. Man kan derfor spørre seg om ikke Høyesterett da har tatt på seg en rolle der de i realiteten kommer til å drive politisk virksomhet. Å trekke inn andre hensyn og tillegge dem vesentlig vekt vil generelt kunne sies å stride mot demokratihensynet og det tradisjonelle maktfordelingsprinsipp som gjelder mellom storting og domstoler. Siden demokratihensynet krever at domstolene er lojale mot lovgiverviljen, kan det hevdes at denne dommen, som faktisk trosser klare uttalelser i forarbeidene, heller ikke på dette grunnlag er ”heldig” sett på bakgrunn av tradisjonell rettskildelære.²³

Ei heller er det i samsvar med vanlig tolkingslære at reelle hensyn i form av konsekvensbetraktninger kan gis større vekt enn forarbeider. I denne dommen gjør Høyesterett nettopp det, da de bedriftsøkonomiske hensyn som legges til grunn ikke er anført som et hensyn i forarbeidene. Høyesteretts bruk av reelle hensyn vektes tyngre enn uttalelser i forarbeidene.

²³ Nærmere om forholdet mellom jus og politikk i Eckhoff. Rettskildelære. (4 utgave, 1997) kapittel 8.

Samlet sett må det sies at når Høyesterett fastslår at renholdet i et slakteri kan settes ut uten å rammes av § 60 nr.2 annet ledd, angir de samtidig at arbeidsgiver gis vide rammer for outsourcing, kanskje videre enn det forarbeidene gir åpning for. Høyesterett legger altså ikke opp til noen stram tolkning av bestemmelsen.

Det kan på grunnlag av det ovenstående stilles spørsmålstegn ved om dommen har særlig sterk prejudikatsverdi, når fremtidige saker rundt problemet skal avgjøres. Enstemmige dommer avsagt av Høyesterett er i alminnelighet en sterk tolkingsfaktor for avgjørelsen av fremtidige saker. Dommene sies å ha prejudikatsverdi. Det er en uttalt læresetning i metodelæren at Høyesteretts avgjørelser er noe nær bindende for alle unntatt høyesterett selv.²⁴ Denne dommen kan imidlertid på enkelte områder sies å bryte med generell rettskildelære. I tillegg har den som konsekvens at stillingsvernet svekkes ved utsetting av virksomhet.

På denne bakgrunn er det ikke sikkert at dommen kan tillegges så mye vekt at den vil være avgjørende for underrettene ved løsningen av senere saker. Allikevel er dommen her, og vil i det minste være en relevant rettskildefaktor for lavere rettsinstanser, likevel slik at den kanskje bør tillegges mindre vekt enn det høyesterettsavgjørelser generelt må tillegges.

Fra engelsk rett kan nevnes at domstolene for å unngå å måtte legge til grunn prejudikater som ikke lenger anses å gi uttrykk for en hensiktsmessig rettsstilstand, i noen tilfeller finner forskjeller i faktum mellom prejudikatet og den aktuelle sak. På bakgrunn av ulikt faktum blir prejudikatet ikke ansett å være avgjørende for løsningen av den saken som er oppe til avgjørelse. En ser altså at ulikheter i faktum svekker både relevans og vekt av den tidligere avgjørelsen. På engelsk omtales fenomenet som: "distinguishing the case". I engelsk rett er en slik nødventil særlig viktig, fordi prejudikatslæren har en sterkere posisjon enn i norsk rett. Tidligere avgjørelser fra øverste domstol er i engelsk rett direkte bindende for senere avgjørelser. Denne måten å komme til et nytt resultat på er heller ikke ukjent i norsk rett. Man oppnår å kunne skifte kurs raskere enn ved bruk av "bit for bit-løsningen", der Høyesterett for hver nye dom forandrer rettsstilstanden litt etter litt. Skiftet blir derfor merkbart først når det er gått en stund og flere dommer har falt.

²⁴ Jfr. Eckhoff. Rettskildelære. (4.utgave, 1997) side 158.

2.4.3 Saklighetsnormen: "nødvendighetskriteriet".

Er det klart at det er deler av den "ordinære drift" som settes ut, blir spørsmålet om rasjonaliseringen eller driftsinnskrenkningene med dertil påfølgende oppsigelser er "helt nødvendig" av hensyn til den fortsatte drift.

En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det ikke skal være kurant for arbeidsgiver å gå til oppsigelser grunnet utkontrahering. Vilkåret om at utsettingen må være "helt nødvendig" gir språklige assosiasjoner til en snever unntaksregel.

At outsourcing bare unntaksvis kan legitimere oppsigelser, støttes også av uttalelser i forarbeidene. Det uttales her²⁵ i forbindelse med nødvendighetsvilkåret at det skal "meget sterke grunner til" for at en oppsigelse grunnet outsourcing kan være saklig. I innstillingen²⁶ heter det at det skal "meget sterke og vedvarende grunner til for at en slik oppsigelse kan være saklig". Av dette kan utledes at det nærmest er snakk om en "nødventil", som skal komme bedriften til unnsetning i helt prekære situasjoner. Forarbeidene gir ingen eksempler på når utkontrahering kan være saklig begrunnet.

Et viktig moment i saklighetsvurderingen, som ikke er kommet til uttrykk i lovteksten, vil ifølge proposisjonen være om det gjennom drøftelser mellom bedrift og ansatte er kommet til enighet om spørsmålet om nødvendigheten av oppsigelser. Er de ansatte tatt med på råd og blitt enige om at utsetting er nødvendig, har de ikke samme behov for vernet som de arbeidstakere som ut av ingenting får oppsigelsen i fanget. Om drøftelser er en absolutt forutsetning for at utkontraheringen kan anses saklig sier forarbeidene ingenting om. Det mest naturlige vil nok, når man ser på ordlyden i forarbeidene, være å ikke innfortolke dette som et krav for nødvendighet etter loven. Forarbeidene omtaler det bare som et moment.

Av det som er sagt i proposisjonen kan utledes at vilkåret lettere vil være oppfylt dersom partene er enige om at outsourcing er helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift. Uenighet på dette punkt vil være et moment av vesentlig vekt i retning av at nødvendighetskriteriet ikke er oppfylt.

På den annen side uttaler flertallet i komiteen at det ikke er meningen å forhindre enmannsforetak. Det er omgåelser av stillingsvernet som skal søkes unngått. Dette betyr at det ikke skal være noe absolutt stengsel mot oppsigelser grunnet outsourcing. Det

²⁵ Ot.prp. nr.50 1993-94 side 184

²⁶ Innst.O. nr.2 1994-95 side 30

fremkommer av proposisjonen²⁷ at bestemmelsen ikke oppstiller noen absolutt saklighetsnorm. Det uttales videre at tilfeller kan oppstå der fortsatt drift er avhengig av ekstraordinære tiltak som medfører at oppsigelser har saklig grunn. Av dette kan trekkes den slutning at dersom bedriften risikerer konkurs, og dette bare kan unngås gjennom outsourcing, vil oppsigelser kunne være saklige.

Proposisjonen angir videre at formålet med det nye leddet i § 60 er å hindre outsourcing når motivasjonen er å gi øket fortjeneste. Arbeidsgiver kan på denne bakgrunn ikke utkontrahere med den begrunnelse at virksomheten da øker sitt overskudd, da dette ikke kan anses å være "helt nødvendig". Hensikten har ikke vært å innføre en strengere vurdering enn ellers i § 60 av om ekstraordinære tiltak er påkrevd når det er klart at bedriften har økonomiske vansker. I avgjørelsen av om utsetting er helt nødvendig, bør det foretas en generell interesseavveining etter de samme prinsipper som i § 60 nr.2 første ledd. Ut over dette er det vanskelig å trekke generelle retningslinjer for når nødvendighetskriteriet er oppfylt ut av forarbeidene.

Innholdet i nødvendighetskriteriet med hensyn til dårlig økonomi illustreres også av en dom fra Trondheim byrett avsagt 23. oktober 1996, gjengitt i RG. 1997/911. Saken var her at en deltidsansatt sjåfør i et mindre salgsforetak ble sagt opp etter at bedriften av økonomiske årsaker ikke reparerte bilen han disponerte i jobben. Transportfunksjonen ble deretter dels innleid eksternt og dels utført av foretakets selgere i forbindelse med kundebesøk. Arbeidstakeren hevdet blant annet å ha oppsigelsesvern etter § 60 nr.2 annet ledd. En enstemmig byrett delte ikke dette syn. Retten fant etter en konkret vurdering at vareleveransene måtte anses som en del av foretakets ordinære drift, og at § 60 nr.2 annet ledd derfor kom til anvendelse. Spørsmålet for byretten ble da om utsettingen var helt nødvendig for fortsatt drift. Retten fant under tvil at dette var helt nødvendig. Dommen kan derfor gi veiledning når det gjelder å fastsette nedre grense for hva som er helt nødvendig med henhold til utkontrahering grunnet dårlig økonomi. Det var her snakk om et mindre foretak, som har drevet med små marginer. Den senere tid var inntjeningsnivået redusert, og foretaket hadde et driftsresultat som gikk i minus det siste år. En eventuell utkontrahering kunne føre til at regnskapet gikk i pluss. På tross av at retten fant at foretaket kunne overlevd med driftsunderskudd over en viss tid, ble utsettingen ansett å være helt nødvendig i lovens forstand. Byretten fant etter en rimelighetsvurdering ikke å kunne tolke nødvendighetskriteriet så strengt at et mindre familieforetak skal tvinges til å bruke opp egenkapitalen. I allfall må dette etter byrettens syn gjelde når det ikke er klare holdepunkter for å anta at de økonomiske problemer er forbigående. Av dommen kan det trekkes den slutning at vilkåret om at utsettingen må være helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift lettere kan tenkes oppfylt dersom outsourcingen er begrunnet i ønsket om å overkomme en

²⁷ Ot.prp. nr.50 1993-94 side 237

økonomisk krise. Dette synspunkt er også i tråd med forarbeidenes uttalelser om formålet med bestemmelsen. Hvordan saken ville stilt seg dersom den hadde omhandlet en større bedrift, eller dersom de økonomiske vansker hadde vært forbigående, sier avgjørelsen ingenting om.

Ut fra forarbeidene kan det antas at det ikke har vært meningen å hindre den innsparingseffekt utsetting kan gi dersom motivet er å redde en bedrifts eksistens. Hensynet til å trygge arbeidstakers jobb kan i disse tilfellene tenkes å måtte vike for bedriftens behov for rasjonalisering.

Nå kan det fra arbeidstakerhold hevdes at det i større grad kan kreves at en større bedrift med en mer betydelig egenkapital ikke kan bli hørt med at utsetting er helt nødvendig før det i en periode har tæret på egenkapitalen. Særlig kan dette gjelde dersom en utsetting bare vil ha marginal innvirkning på driftens økonomiske balanse. Hensynet til et effektivt og sterkt oppsigelsesvern tilsier på den ene side at dette legges til grunn. På den annen side viser det seg ofte at det er vanskelig å spekulere i mer eller mindre usikre prognoser om hvordan den økonomiske fremtiden vil utvikle seg. Det er ikke lett å si om økonomiske problemer er forbigående.²⁸ På dette grunnlag kan det antas at det heller ikke er rimelig at større bedrifter skal løpe risikoen å gå konkurs som følge av at vilkåret må tolkes strengere for dem. Derfor bør ikke vilkåret tolkes så strengt at det ikke kan utkontraheres før en bedrift har brukt av eventuell egenkapital.

Konsekvensene av en konkurs vil kunne ramme alle arbeidstakere med den følge at de alle vil stå uten jobb. Dette vil ikke være en ønsket effekt av det styrkede oppsigelsesvern. Er problemene virkelig forbigående, er det mer som tilsier at utsetting ikke anses helt nødvendig. Når bedriften kommer på fote økonomisk igjen vil aspektet med en eventuell total nedlegging som følge av konkurs ikke lenger være like reelt.

Et annet eksempel på at økonomiske vanskeligheter kan gi saklig grunn til å si opp arbeidstakere for å sette deler av den ordinære drift ut på oppdrag gis i RG 1993/1025. Dommen er avsagt før § 60 nr.2 annet ledd kom, men er likevel relevant til belysning av nødvendighetsvurderingen. I denne dommen fant retten at ordningen med kontraktører ga store økonomiske besparelser med hensyn til fleksibilitet og reduserte lønnsutgifter. Rettens flertall kom til at oppsigelse av to tømrere var berettiget av økonomiske hensyn på bakgrunn av det vanskelige markedet i bransjen.

²⁸ I ”Miljøtransportdommen”, Rt.2000/2058, som omtales nedenfor under 2.8, går flertallet ganske langt i å bygge på prognoser om hvordan fremtiden vil arte seg for å begrunne en valgt rett for arbeidstakerne.

Hvor store besparelser som må oppnås og hvor alvorlige de økonomiske problemer for bedriften må være før oppsigelsene anses å være helt nødvendige presiseres ikke ytterligere i dommen.²⁹

2.4.4 Kravet til årsakssammenheng

Uttrykket ”som skyldes at arbeidsgiver setter ut eller tar sikte på å sette ut”, innebærer at det må foreligge årsakssammenheng mellom oppsigelsen og utkontraheringen. Konsekvensen av dette årsakskravet er at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved en forutgående eller etterfølgende utsetting som skjer uavhengig av den tidligere oppsigelse.

Det er arbeidsgiver som har bevisbyrden og således må godtgjøre at det ikke er adekvat sammenheng mellom oppsigelsen og outsourcingen.³⁰ Ved bevisvurderingen vil tidsmomentet spille en viktig rolle. Går det kort tid mellom oppsigelsen og utsettingen, vil retten lettere komme til at det foreligger årsakssammenheng. Akkurat hvor lang tid det er snakk om er vanskelig å si. Det vil være avhengig av forholdene rundt den konkrete sak. Verdt å merke seg er at en eventuelt senere utsetting uansett kan få betydning som et relevant moment i den alminnelige saklighetsvurdering etter § 60 nr.2 første ledd.

2.4.5 ”Sette utpå oppdrag”

Bestemmelsen bruker uttrykket ”sette ut på oppdrag”. I dette ligger både den situasjon at en tidligere ansatt påtar seg arbeid som selvstendig oppdragstaker, og at andre selvstendige virksomheter overtar det arbeidet som tidligere ble utført ved hjelp av egne ansatte. Utsettingen vil kunne være både midlertidig og permanent.

Midlertidige utsettinger vil imidlertid kunne reise særlige problemer dersom bedriften etter utløpet av kontraktstiden med den eksterne leverandør gjenopptar driften av den funksjon som

²⁹ Dommen inneholder også uttalelser om bruk av ”kontraktører” i byggebransjen.

tidligere var satt ut. De opprinnelige ansatte vil kunne ha rett til ny ansettelse ved gjenopptagelsen av den tidligere utkontraherte funksjon etter arbeidsmiljøloven § 67. Gode grunner taler for dette syn. Arbeidsgiver bør ikke gis anledning til å kvitte seg med ansatte ved outsourcing, for deretter å ansette nye folk når utsettingskontrakten utløper. En slik mulighet vil innebære en svekkelse av arbeidstakers oppsigelsesvern.

Er utsettingen midlertidig vil det også kunne få betydning ved at reglene om virksomhetsoverdragelse kan tenkes å ikke komme til anvendelse på outsourcingen. Nærmere om dette nedenfor under avsnitt 2.6.

Lovforarbeidene³¹ bruker som eksempel bruk av enkeltmannsfirma, ”kontraktører”, eller andre former for innleid arbeidskraft. I og med at ordlyden er så vidt generell, vil den språklig sett omfatte alle former for utsetting av disse aktiviteter. Av forarbeidene kommer det frem at dette også var tilsiktet. Ordlyden er valgt for å unngå omgåelser fra arbeidsgiver, noe som etter forarbeidene lett kunne skjedd ”dersom departementet hadde foreslått begreper som direkte retter seg mot kontraktører og lignende”.

Lovteksten og forarbeidene trekker begge i retning av at det skal mye til for at en utsettingssituasjon faller utenfor bestemmelsens virkeområde og således ikke gir arbeidstaker styrket vern i disse situasjoner. Når lovgiver har vært så bevisst på formålet med bestemmelsen og latt dette komme eksplisitt til uttrykk i forarbeidene, er det grunn til å tillegge disse betydelig vekt i vurderingen i retning av at den aktuelle situasjon i en konkret sak reguleres av bestemmelsen.

Et særlig problem i forbindelse med anvendelsesområdet til bestemmelsen er om den kan tenkes å få anvendelse i forbindelse med omfordeling av arbeidsoppgaver innad i et konsern. Kan det å overlate arbeidsoppgaver til et annet selskap i samme konsern innebære at arbeidsoppgavene settes ut på oppdrag i § 60 nr.2 annet ledds forstand?

Spørsmålet vil kunne bli aktuelt der arbeidsoppgaver overføres til et annet selskap, uten at det skjer en tilsvarende overføring av de som har utført disse oppgavene. Manglende overføring av arbeidstakerne kan skyldes at de utøver en eventuell valgrett, eller at de ikke er tilbudt overføring og heller ikke kan kreve det etter reglene om virksomhetsoverdragelser.

³⁰ Innst.O. nr.2 1994-95 side 30

³¹ Ot.prp.nr.50 1993-94

Det foreligger ingen veiledende rettspraksis, og problemet er heller ikke drøftet i forarbeidene til bestemmelsen. En naturlig språklig forståelse av begrepet ”sette ut på oppdrag” og begrepet ”arbeidsgiver” vil, sammen med reelle hensyn derfor bli viktig ved avgjørelsen.

Tar man utgangspunkt i at en slik omfordeling innebærer at det ene selskap overtar oppgaver som et annet selskap tidligere har utført, kan det ut fra ordlyden se ut som det kan bli ansett som å sette ut på oppdrag etter § 60 nr.2 annet ledd.

Et viktig moment i avgjørelsen er graden av nærhet mellom selskapene i konsernet. Det vil kunne være så nær tilknytning mellom selskapene i konsernet at det ikke vil være naturlig å anse en omstilling innen konsernet som omfattet av bestemmelsen. Man henstilles dermed til å vurdere grader av nærhet i det enkelte tilfelle. Arbeidsgivers behov for omstilling vil videre kunne vanskeliggjøres dersom bestemmelsen skal komme til anvendelse på forhold som dette. Dette taler mot å la bestemmelsen komme til anvendelse. På den annen side vil formålet med bestemmelsen, som er å styrke stillingsvernet, peke i retning av å la bestemmelsen komme til anvendelse også på omorganiseringer i konsern, når omorganisering medfører oppsigelser.

Fougner³² hevder at utgangspunktet er at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse ved overføring av oppgaver i konsernforhold. Samtidig påpeker Fougner at unntak fra dette utgangspunkt kan tenkes dersom hensikten med overføringene innad i konsernet er å omgå stillingsvernet.

I forbindelse med omtale av arbeidsmiljøloven kapittel XI B- Innleie av arbeidstakere, uttaler Jakhelln³³ rundt spørsmålet om kapitlets anvendelsesområde at utgangspunktet er at den enkelte arbeidstaker er ansatt i ett av de selskap som til sammen utgjør konsernet. Uttalelsene er av interesse også for problemet rundt outsourcing. Det er her uttalt at det er det enkelte selskap som i utgangspunktet må anses som arbeidsgiver, ikke konsernet som sådan. Dette syn trekker i retning av at en omdisponering innad i et konsern lettere kan tenkes omfattet av § 60 nr.2 annet ledd, siden ytelsene etter omdisponeringen blir utført av en annen arbeidsgiver enn den som opprinnelig var ansvarlig for å utføre funksjonen.

³² Fougner. Arbeidsavtalen. Side 328

³³ Jakhelln i Norsk lovkommentar (4.utgave 2002) bind 2, side 1215-1216, note 473.

Dersom konsernet blir ansett som arbeidsgiver, vil det være samme arbeidsgiver både før og etter omdisponeringen, og spørsmålet oppstår da om arbeidsgiver kan beslutte denne type omdisponeringer i kraft av styringsretten.

Spørsmålet er ikke endelig avklart, og en høyesterettsdom som berører problemet ville vært klargjørende for rettstilstanden her.

Dersom arbeidsoppgaven overføres til et annet selskap i konsernet, som viderefører aktiviteten på egne vegne uten at det leveres noe tilbake til det overførende selskap, vil ikke driften bli ansett å være satt ut ”på oppdrag” i bestemmelsens forstand.³⁴ Arbeidstakere som blir overflødige og risikerer oppsigelse vil i disse tilfellene ikke være vernet etter § 60 nr.2 annet ledd, og må i tilfelle støtte seg til det alminnelige oppsigelsesvern.

2.5 Vurdering av oppsigelsesvernet etter § 60 nr.2 annet ledd

Et spørsmål det er naturlig å stille seg er i hvilken grad bestemmelsen er egnet til å oppfylle formålet, og i hvilken utstrekning den faktisk oppfyller formålet om et styrket oppsigelsesvern ved outsourcing.

En grunnleggende problemstilling blir: Hvor sterk innflytelse utøver arbeidsgiver gjennom sine disposisjoner på spørsmålet om arbeidstakers oppsigelsesvern ved outsourcing? Med andre ord: Er det styrkede vern reelt?

Innledningsvis må det bemerkes at det bare er outsourcing av den ordinære drift som vernes etter § 60 nr.2 annet ledd. Det som i forarbeidene³⁵ omtales som rene støttefunksjoner faller utenfor det styrkede vern. Disse funksjonene, som ofte er blitt gjenstand for outsourcing, er derfor funksjoner som en i utgangspunktet skulle tro har et stort behov for styrket vern. Støttefunksjonene står like fullt utenfor vernet etter § 60 nr.2 annet ledd. Forarbeidene nevner ingenting om hvorfor disse funksjoner skal falle utenfor bestemmelsen. Det må like fullt kunne hevdes å være fullt ut i tråd med

³⁴ Jfr. Fougner. Omstilling og nedbemanning. Side 122

³⁵ Ot.prp.nr.50 1993-94

hensikten til forarbeidene at disse funksjoner ikke omfattes av vernet siden det uttrykkelig sies at de faller utenfor. Tankegangen har sannsynligvis vært at bestemmelsen ikke skal frata arbeidsgiver enhver mulighet for økonomisk inntjening basert på utsetting av tjenester. Arbeidsgiver kan altså uten hinder av bestemmelsen utkontrahere den type tjenester som må anses å være støttefunksjoner. Stillingsvernet til den gruppe arbeidstakere som utfører disse støttefunksjonene avhenger derfor av § 60 nr.2 første ledd.

Dernest kan det se ut som om Høyesterett i Rt.1999/989 ikke vektlegger hensynet til stillingsvernet tungt nok når anvendelsesområdet for bestemmelsen presiseres nærmere. Som omtalt foran³⁶ bryter dommen med forarbeidenes forutsetninger, og kan, dersom den følges i senere avgjørelser, svekke det faktiske vernet etter bestemmelsen.

For det tredje gir ikke bestemmelsen vern dersom det ikke foreligger årsakssammenheng mellom oppsigelsen og utsettingen. Konsekvensen blir at en etterfølgende utsetting, som skjer uavhengig av en tidligere oppsigelse, ikke nyter godt av det styrkede vern bestemmelsen gir. Dette kan medføre at arbeidsgiver for å unngå vernet først sier opp ansatte, og for en periode driver med redusert bemanning, for deretter å utkontrahere. Jo lengre perioden mellom oppsigelse og utsettingen er, jo større mulighet er det for arbeidsgiver å sannsynliggjøre at oppsigelsen ikke skyldes utsettingen. Arbeidstaker kan da miste vernet etter annet ledd, selv om arbeidsgiver reelt sett gikk til oppsigelse for å kunne utkontrahere. Allikevel må det merkes at den senere outsourcing vil kunne være et relevant moment i retning av at oppsigelsen ikke er saklig etter den alminnelige saklighetsvurdering etter § 60 nr.2 første ledd.

Avslutningsvis kan det også spørres hvor intensivt domstolene, i en aktuell tvist, faktisk etterprøver arbeidsgivers vurdering av om outsourcing er helt nødvendig. Prøvelsens intensitet har betydning for bestemmelsens reelle vern av arbeidstakerne. Dette kan formuleres som et spørsmål om domstolene kan tilsidesette en oppsigelse fordi utkontraheringen ikke var ”helt nødvendig av hensyn til virksomhetens fortsatte drift”.

I NOU 1992:20 drøftet arbeidsmiljølovutvalget erfaringene med regelverket rundt stillingsvernet før bestemmelsen i § 60 nr.2 annet ledd var kommet på banen.

³⁶ Under avsnitt 2.4.2.1.

Bakgrunnen var kritikk fra arbeidstakersiden angående domstolenes praktisering av rimelighetsvurderingen etter § 60 nr.2 annet punktum. Det ble fra arbeidstakerhold hevdet at domstolene ofte la for stor vekt på arbeidsgivers argumentasjon om økonomiske grunner for rasjonalisering og driftsinnskrenkninger, og at de hadde vært for beskjedne i å overprøve arbeidsgivers skjønn for om oppsigelser var nødvendige. Dermed ble ikke grunnlaget for oppsigelsene prøvd fullt ut. Denne kritikk gjaldt etterprøving av saklighetsvurderingen etter det alminnelige oppsigelsesvern, men er relevant også etter saklighetsvurderingen i § 60 nr.2 annet ledd.

I Ot.prp. nr.50 1993-94, også dette en omtale av forholdene etter det alminnelige vern, sies det: ”Domstolene har adgang til blant annet å etterprøve de faktiske bedriftsøkonomiske omstendigheter som arbeidsgiver påberoper seg, men et hovedinntrykk fra rettspraksis er nok at det er vanskelig å tilsidesette påberopte hensyn til bedriftens økonomiske tarv. Siden antallet rettssaker, og ikke minst høyesterettsdommer er så vidt lite, er det imidlertid vanskelig å ha noen sikker formening om rettspraksis på dette området”.

Når det gjelder det ovenstående sitatet fra forarbeidene, kan det hevdes at det utelukkende er rettssosiologiske synspunkter som fremkommer der. En kan spørre seg hva departementet egentlig mener at domstolene skal gjøre når det gjelder prøvelsen. Er poenget med utsagnet i forarbeidene bare å beskrive faktum, dvs. hvordan domstolene rent faktisk forholder seg, eller mener departementet noe rettslig med det? Er utsagnet en faktor som trekker i retning av at domstolene ikke kan prøve, eventuelt at de ikke kan etterprøve særlig intensivt? Ser man nærmere på utsagnet fremgår det relativt klart at det her bare er snakk om rene observasjoner av domstolspraksis. Forarbeidene sier ikke at domstolene ikke kan etterprøve, men at det i de undersøkte saker rent faktisk ikke er etterprøvd. Dette medfører at disse uttalelsene i forarbeidene i denne forbindelse ikke kan ha nevneverdig vekt som rettskildefaktor i retning av at domstolene ikke kan etterprøve saklighetsvurderingen fra arbeidsgivers side.

I Rt.1984/1058 uttalte Høyesterett blant annet: ”Det kan nok reises tvil om hvilken vekt en domstol bør legge på arbeidsgiverens vurdering av virksomhetens behov for oppsigelse”. Videre uttales det: ”Men dette er ... mer et spørsmål om domstolens praktiske muligheter for å prøve skjønnet enn et spørsmål om begrensning av selve prøvingsretten”. Av dette kan trekkes den slutning at en vurdering av nødvendigheten av oppsigelser ofte beror på kompliserte bedriftsøkonomiske, tekniske og merkantile

hensyn, som domstolene ikke føler seg spesielt mer kompetente på å vurdere enn arbeidsgiveren.³⁷

Av Rt.1989/508 ser man at saklighetsvurderingen kan være svært sammensatt, der bedriftsøkonomi ikke alltid er eneste grunn for at arbeidsgiver anser oppsigelser å være nødvendig. Domstolen anerkjenner at forholdene rundt en eventuell rasjonalisering kan tenkes å være så kompliserte og vurderingstemaet så mangeartet at domstolene kan være lite egnet til å etterprøve arbeidsgivers konkrete skjønn. Problemet er relevant også når den overføres på spørsmålet om outsourcing er ”helt nødvendig”, selv om domstolene nok lettere kan vurdere nødvendigheten her.

I juridisk teori rundt problemet³⁸ er oppfatningen, som i stor grad er basert på en tolkning av rettspraksis, at domstolene kan etterprøve saksbehandlingen i forbindelse med beslutning om driftsendringer. Derimot kan domstolene ikke etterprøve og tilsidesette beslutninger om driftsendringer. Standpunktet i litteraturen omhandler et annet spørsmål enn spørsmålet om domstolene kan prøve om utsetting er helt nødvendig, men kan likevel gi veiledning ved at man ser at problemet også i denne forbindelse er komplekst og basert på mer eller mindre sikre prognoser om fremtidig utvikling.

Domstolene kan selvfølgelig alltid prøve den konkrete lovanvendelsen, men om vilkåret er oppfylt vil i enkelte tilfelle kunne være en så sammensatt vurdering at intensiteten i prøvelsen ikke er like stor i alle saker.

Alle de foran nevnte kilder omhandler problemer i forbindelse med vernet etter § 60 nr.2 første ledd. Siden vurderingstemaet er presisert i nr.2 annet ledd, vil ikke det som er sagt foran slå ut like sterkt hva angår saklighetsvurderingen etter denne bestemmelsen, men det er like fullt grunn til å anta at presiseringen ikke løser problemet med å etterprøve arbeidsgivers vurderinger av nødvendigheten fullt ut.

Hvor intensivt domstolene etterprøver etter nr.2 annet ledd gjenstår å se av kommende rettspraksis rundt bestemmelsen.

Ser en bestemmelsen fra arbeidsgivers ståsted, kan en også stille spørsmål om hvor godt det styrkede vernet i § 60 nr.2 annet ledd harmonerer med dennes behov for å kunne innrette bedriften sin etter nåværende og fremtidige behov. Hva hvis arbeidsgiver ser at rasjonaliseringer og sparetiltak vil bli nødvendige, og ønsker å være i forkant av situasjonen ved å utkontrahere

³⁷ At vurderingen ofte er komplisert illustreres gjennom dommen i RG.1997/911, som er omtalt i petitavsnitt ovenfor. Byretten gikk for øvrig langt i å prøve nødvendigheten i denne dommen.

delar av bedriften? Her vil vilkåret om at utsettingen må være helt nødvendig for virksomhetens fortsatte drift sette en stopper for tiltak i forkant av situasjonen. Helt nødvendig vil det jo ikke være før situasjonen som kan legitimere utsetting faktisk er inntrådt. Dette medfører at arbeidsgiver i enkelte tilfeller vil måtte avfinne seg med å drive en tungrodd bedrift. En bedrift som klarer seg, men går tregt. Dette vil kunne hindre at bedriften ekspanderer og derved får behov for flere arbeidstakere. Videre vil bedriften være mer økonomisk ømfintlig ved at overskuddet kan være lavt. Skjer det plutselige store omveltninger vil mangelen på sterk økonomi kunne øke risikoen for konkurs med den følge at alle ansatte mister jobben. På dette grunnlag kan bestemmelsen ikke alltid sies å være arbeidervennlig. Uansett må det fremheves at lovgiver har valgt å la hensynet til et styrket oppsigelsesvern gå foran arbeidsgivers ønske om å kunne drive mest mulig økonomisk effektivt. Arbeidsgiver har altså måtte tåle relativt omfattende begrensninger i styringsretten på området rundt arbeidstakernes stillingsvern.³⁹

Sammenfatningsvis kan det sies at arbeidsgiver gjennom egne handlinger i en viss utstrekning kan påvirke vernet etter bestemmelsen, og at det reelle vern i noen grad også er avhengig av hvor intensivt domstolene etterprøver arbeidsgivers vurdering av nødvendigheten av utkontraheringen.

2.6 Grenseflaten mot virksomhetsoverdragelser

Den generelle formuleringen, ”sette ut på oppdrag”, har som konsekvens at det kan oppstå avgrensingsproblemer i forhold til tilfeller som omfattes av reglene i arbeidsmiljølovens kapittel XII A om virksomhetsoverdragelser. Kapitlet får anvendelse ved overføring av virksomhet eller del av virksomhet til en annen innehaver som følge av overdragelse, jfr. § 73 A. Reglene gjelder uansett om det skjer innen eller fra offentlig sektor, eller innen et privat konsern, og de gjelder uavhengig av om det er en bedrifts kjernevirksomhet eller støttefunksjoner som settes ut.

En utsetting kan ha et slikt omfang og en slik karakter at det kan bli å anse som en overføring av virksomhet. § 60 nr.2 annet ledd får selvstendig betydning i den grad

³⁸ Jakhell. Oversikt over arbeidsretten. Side 306 flg.

³⁹ Se i denne forbindelse NOU 1992:20 kapittel 14 om stillingsvern. Utredningen inneholder generelle uttalelser rundt forholdet mellom stillingsvernet og arbeidsgivers behov for omstillingstiltak.

reglene om virksomhetsoverdragelser ikke kommer til anvendelse. I hvilke situasjoner kan så reglene om virksomhetsoverdragelse få anvendelse ved outsourcing? Problemstillingen blir i det følgende å vurdere om outsourcing er en virksomhetsoverdragelse.

De grunnleggende vilkår i § 73 A, som angir anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse, vil være avgjørende for om utsetting på oppdrag kan tenkes omfattet av reglene i kapittel XII A.⁴⁰

Forarbeidene til § 60 nr.2 annet ledd⁴¹ er svært generelle og sier bare at det kan oppstå avgrensingsproblemer i forhold til tilfeller som omfattes av reglene. Som eksempel nevner forarbeidene: ”tilfeller hvor f. eks en del av den ordinære driften blir overført ny innehaver og som omfattes av kapittel XII A, kan også tenkes omfattet av begrepet sette ut på oppdrag etter § 60 nr. 2 annet ledd.” Ut over å påpeke at problemer her kan tenkes, går ikke forarbeidene nærmere inn på den konkrete avgrensning og hvilke momenter som vil være relevante i denne avgrensningen.

Ser man på ordlyden i de to bestemmelser, vil en naturlig forståelse av disse kunne føre til at en overføringssituasjon ofte vil kunne gi arbeidstaker vern etter begge regelsett. En virksomhetsoverdragelse kan altså etter ordlyden tenkes omfattet også etter § 60 nr.2 annet ledd.

I litteraturen nevnes at outsourcing kan tenkes å være en virksomhetsoverdragelse når en del av virksomheten overføres til ny eier i form av å sette den ut på oppdrag.⁴²

Forarbeidene til kapittel XII A⁴³ legger til grunn at uttrykket ”del av virksomhet” i § 73 A er vidtrekkende. Det er her lagt til grunn at bestemmelsene vil få anvendelse ved overføring av hele virksomheter, så vel som overføring av lokale enheter og deler av lokale enheter. Det oppstilles ikke som et vilkår at overføringen gjelder en selvstendig rettslig enhet. Heller ikke er det noe krav til størrelsen på den enhet som overføres. Det er videre ingen avgrensning med henhold til type virksomhet eller aktivitet som omfattes av kapitlet. I denne forbindelse vises det til Ot. Prp. Nr.71 1991-92 side 30 hvor det heter: ”Bestemmelsen vil dermed omfatte overdragelser av alle typer

⁴⁰ Selve beslutningen om å overføre virksomheten kan arbeidstakerne ikke motsette seg. Dette kan arbeidsgiver bestemme i kraft av styringsretten.

⁴¹ Ot.prp.nr.50 1993-94 side 185.

⁴² Friberg. Arbeidsmiljøloven med kommentarer. 6.utgave side 414.

⁴³ Ot.prp.nr.71 1991-92

virksomheter som omfattes av arbeidsmiljøloven, hva enten det dreier seg om produksjon, kjøp eller salg, tjenesteyting osv”. Virksomhetens formål er også uten betydning. Kapitlet får anvendelse også for virksomheter med ideelle formål.⁴⁴

Virksomhetsoverdragelser og outsourcing har i enkelte tilfeller vært behandlet av EF-domstolen. Av praksis herfra følger at det avgjørende kriteriet i vurderingen av om det foreligger en overdragelse i direktivets forstand, er om den aktuelle virksomhet er overført som en bestående økonomisk enhet og har bevart sin identitet, jfr. i denne forbindelse sak C-24/85 ”Spijkers”, som gjaldt overføring av et helt slakteri.

Videre fastsetter rettspraksis at overføringen må gjelde en stabil, økonomisk enhet med aktiviteter som ikke er begrenset til utføringen av et bestemt oppdrag. Avgjørende er en helhetsvurdering basert på en rekke relevante momenter.

I ”Spijkers.saken” C-24/85 gis det i premiss 13 en oppregning av ulike relevante momenter. Disse momenter er det henvist til i en rekke senere avgjørelser, både fra EF, EFTA og nasjonale domstoler. Premiss 13 lyder: ”Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekretsen overtages samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overtagelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret”.

EF-domstolens sak 392/92, ”Schmidt”,⁴⁵ viser at det skal svært lite til for så vidt gjelder omfanget av det som overføres, før det kan sies å foreligge en overføring i EF-direktivet, og følgelig aml. kapittel XII A’s forstand. Dommen er særlig relevant i forbindelse med outsourcing ved at den sannsynligvis illustrerer den nedre grense for når reglene om virksomhetsoverdragelser kan komme til anvendelse.

Faktum i saken var i grove trekk: Christel Schmidt var ansatt som rengjøringshjelp i en tysk bank og utførte renhold i en av bankens avdelinger. Banken inngikk avtale med rengjøringsbyrået Spiegelblank, som utførte renholdet i de fleste av bankens øvrige bygninger, om at dette firma skulle utføre renholdet også i filialen hvor

⁴⁴ Se i denne forbindelse EF-domstolens sak C-382/92

⁴⁵ Høyesterett omtaler også denne avgjørelsen i ”Ambulansedommen”, Rt.2001/248.

Schmidt jobbet. Hun fikk tilbud om stilling i rengjøringsbyrået, men med en lavere timelønn enn tidligere.

Saken gir også et godt eksempel på et tilfelle av outsourcing som høyst sannsynlig ville falt utenfor anvendelsesområdet til § 60 nr.2 annet ledd. I forbindelse med vernet etter § 60 nr.2 annet ledd nevner forarbeidene⁴⁶ at outsourcing av renhold er unntatt fra vernet etter bestemmelsen, men EF-domstolen anser etter ”Schmidt-dommen” denne funksjonen for å være en virksomhetsoverdragelse med vernet dette regelsett gir. Dermed ser det ut til at støttefunksjoner er vernet også etter norsk rett.

EF-domstolen kom altså til at det forelå en overføring av virksomhet i direktivets forstand, og la avgjørende vekt på at virksomheten bevarte sin identitet. Dette fordi det var nøyaktig samme arbeid som skulle utføres før og etter overføringen. Dommen viser at det kan tenkes at overføring av en enkelt arbeidstaker kan utgjøre en overføring som omfattes av reglene om virksomhetsoverdragelse. Dommen samsvarer godt med direktivets formål, som blant annet er å verne arbeidstakerne, og viser at direktivets formål får stor betydning ved domstolenes tolkning av reglene. Vernet styrkes her ved at domstolen gir reglene anvendelse uavhengig av antall arbeidstakere som er knyttet til den del av virksomheten overføringen gjelder.

Schmidt-dommen stiller ingen krav til økonomisk aktivitet og legger til grunn at overføring av en servicefunksjon er tilstrekkelig til at reglene kommer til anvendelse. Avgjørelsen gir videre anvisning på at renhold er en tilstrekkelig selvstendig aktivitet til å utgjøre en ”økonomisk enhet”. Dommen kan også tas til inntekt for at det er uten betydning om aktiva overføres.⁴⁷

Motsatt synspunkt om kravet til økonomisk aktivitet inntas i sak C-13/95 ”Suzen”, som gjaldt oppsigelse av en rengjøringsmedhjelper i et renholdsfirma i forbindelse med at en renholdsavtale ble sagt opp av oppdragsgiver for deretter å bli inngått med et annet firma. Her legges det til grunn at det er et krav om at en økonomisk enhet er overført for at reglene skal komme til anvendelse. Begrepet økonomisk enhet omfatter en organisert helhet av personer og aktiver som gjør det mulig å utøve en økonomisk virksomhet med et selvstendig formål.⁴⁸

⁴⁶ Ot.prp.nr.50 1993-94

⁴⁷ I denne retning, Dege. Arbeidsgivers styringsrett. Bind 1 side 318

⁴⁸ Særlig dommens premiss 10 og 13-22, som utdyper innholdet i begrepet ytterligere

I sak C-247/96 "Ziemann Sicherheit" gjentas standpunktet fra "Suzen-dommen" om at det eksisterer et krav om overføring av en økonomisk enhet som etter overføringen har bevart sin identitet. Dommen omhandler oppsigelse av ansatt i et vaktelskap. På samme måte som i "Suzen" sa oppdragsgiver opp avtalen, og inngikk ny avtale med et annet vaktelskap. I premiss 34 konkluderer EF-domstolen med at reglene om virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse dersom det overføres en "økonomisk enhet". Begrepet omfatter etter domstolens oppfatning "en organisert helhet af personer og aktiver, der gør det mulig at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål". Det faktum at ytelsen som den gamle og den nye oppdragsmottakeren utførte var identisk var ikke tilstrekkelig til at det var snakk om en "økonomisk enhet". I samme retning går også sak C-234/98 "Allen".

En utsetting av en bedrifts renholdsfunksjon vil på bakgrunn av Schmidt-dommen kunne være en virksomhetsoverdragelse selv om det bare dreier seg om en ansatt. Sjansene for at det vil være en virksomhetsoverdragelse øker dersom den overtakende bedrift overtar rengjøringsutstyr som kluter, mopp og koster ved utsettingen. Da er både personell og fysiske aktiva overtatt.

Ser man på rettspraksis etter Schmidt-dommen,⁴⁹ ser utviklingen ut til å gå i retning av at det skal mer til for at kapitlet kommer til anvendelse enn bare overføring av en funksjon eller en fysisk aktivitet. Dette innebærer at typiske støttefunksjoner som renhold og kantinedrift gjennom senere rettsavgjørelser har fått en svakere beskyttelse enn det Schmidt-dommen legger til grunn. Det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfelle for å finne ut om det kan innfortolkes at den aktuelle aktivitet også innebærer at det er en "økonomisk aktivitet" som overføres. Ser man på Schmidt-dommen, der en ansatt overføres til et større renholdsbyrå og den ene ansatte bare blir en av mange andre ansatte, innebærer rettspraksis fra "Suzen" og "Ziemann" at den nødvendige identiteten kan tenkes å bli borte. Dette fordi det på bakgrunn av disse dommene synes å være en forutsetning for at direktivet kommer til anvendelse at de overførte arbeidstakere utøver en aktivitet av en slik karakter at det er arbeidstakernes kunnskap og rutine som muliggjør at virksomheten kan drives videre etter overføringen. Tanken er at "bare Picasso kan male en Picasso". For renholdsarbeid er det ikke i særlig grad avgjørende for identiteten til virksomheten hvem som utfører arbeidsoppgavene. Følgen kan bli at stillingsvernet etter § 73 C ikke kommer til anvendelse, noe som harmonerer dårlig med formålet, som er å verne arbeidstakernes arbeidsforhold.

EF-domstolens sak C 209/91, ”ISS-dommen”, gjaldt utsetting av kantinedriften i selskapet Philips AS. Philips inngikk avtale med ISS, som tok på seg det totale driftsansvar for kantinedriften. ISS overtok medarbeiderne, som hadde fast jobb i kantinedriften, på uendrede lønns og oppsigelsesvilkår. Da det senere kom til tvist mellom de overførte arbeidere og ISS, hevdet ISS at reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kom til anvendelse. I likhet med ”Schmidt-dommen”, gir sakens faktum en god illustrasjon på et tilfelle av outsourcing som ville falt utenfor en virksomhets ordinære drift og derfor utenfor vernet etter § 60 nr.2 annet ledd.

EF-domstolen uttalte at når en virksomhet ved avtale overdrar ansvaret for en servicefunksjon innen virksomheten, som kantinehold, til en annen virksomhet som herved påtar seg en arbeidsgivers forpliktelser overfor de arbeidstakere som er tilknyttet den angjeldende servicefunksjon, kan den gjennomførte overføring falle inn under direktivets anvendelsesområde.

Det faktum at den aktivitet som overføres kun er av sekundær betydning for den overdragende virksomhet, og derfor ikke nødvendig i forhold til virksomhetens formål, medførte ikke at overføringen falt utenfor direktivets anvendelsesområde. Det faktum at avtalen mellom overdrager og erverver omhandler en tjenesteytelse som utelukkende er til overdragerens fordel, mot godtgjørelse som er nærmere fastsatt i utsettingsavtalen, kunne heller ikke utelukke at direktivet fikk anvendelse på forholdet.

Dommen viser, i likhet med Schmidt-dommen, at utsetting av støttefunksjoner kan være vernet etter kapittel XII A, selv om forarbeidene til § 60 nr.2 annet ledd uttrykkelig ikke finner grunn til å beskytte støttefunksjoner ut over det vern som eksisterer etter det alminnelige oppsigelsesvern i § 60 nr.2 første ledd.

Hva som utgjør en overføring av en enhet i lovens og i direktivets forstand var gjenstand for drøftelse også i Rt.2001/248, ofte omtalt som ”Ambulansedommen”.

Sakens fakta er i korte trekk som følger: Kåfjord Ambulanseservice AS sa opp avtale med fylkeskommunen om drift av døgnambulanse i Kåfjord kommune. Etter at drift av ambulansetjenesten var lyst ledig, ble den tildelt Olderdalen Ambulanse AS, som deretter inngikk avtale med fylkeskommunen. Ingen av de tre ansatte i Kåfjord Ambulanseservice AS fikk ansettelse hos Olderdalen Ambulanse AS. De ansatte gikk

⁴⁹ Særlig sak C-13/95 ”Suzen” og sak C-247/96 ”Zieman Sicherheit”.

da til søksmål og krevde ansettelse under henvisning til bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i kapittel XII A. En enstemmig Høyesterett kom til at disse ikke var ansatt i Olderdalen Ambulanse AS, da reglene om virksomhetsoverdragelse ikke kom til anvendelse.⁵⁰

Dommen gjaldt ikke et tilfelle av outsourcing, men er likevel relevant for om outsourcing er en virksomhetsoverdragelse, ved at den beskriver grensene for hva som er en overføring av enhet i lovens forstand.

Sentralt i vurderingen av om det forelå en virksomhetsoverdragelse er det såkalte identitetskravet, der det avgjørende er om den økonomiske enhet etter en helhetsvurdering har beholdt sin identitet.

Førstvoterende henviser til Spijkers-dommen premiss 13 når det gjelder hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen. Premiss 13 er gjengitt i petitavsnitt ovenfor på side 27.

Momentlisten er ikke uttømmende.

Høyesterett fant at ambulansedriften på Kåfjord ambulanseservice AS sin side var en selvstendig økonomisk enhet, og viste til at tjenesten etter overføringen ble drevet på samme måte og etter de samme vilkår som tidligere.

Derimot hadde enheten etter rettens oppfatning ikke beholdt sin identitet etter overføringen. Sentralt for denne konklusjonen var at en tjenesteytende virksomhet i større grad vil være preget av selve ytelsen, og dermed av de personer som utøver virksomheten. Ved drift av ambulanser har de ansatte en sentral funksjon, og arbeidstakerne var som sagt ikke overført. Samtidig ble det uttalt at også ambulansebil med egnet innredning og utstyr er en helt nødvendig og kapitalkrevende del av virksomheten. Disse driftsmidler var heller ikke overført. Når verken driftsmidler eller ansatte fulgte med over i den virksomhet som Olderdalen Ambulanse AS fortsatte, konkluderte Høyesterett med at det ikke forelå en virksomhetsoverdragelse. Det ble i helhetsvurderingen ikke lagt avgjørende vekt på at ambulansebilen også etter at Olderdalen Ambulanse AS overtok virksomheten ble stasjonert i samme garasje som før. At både sambandsutstyr og hjertestarter ble overtatt var heller ikke momenter av avgjørende vekt.

⁵⁰ Nord-Troms herredsrett la til grunn at det forelå en virksomhetsoverdragelse, og avsa 21.april 1999 fastsettelsesdom for at de tre arbeidstakerne var fast ansatt i Olderdalen Ambulanse AS.

I forbindelse med spørsmålet om kravet til identitet er oppfylt, uttaler Høyesterett: ”Det følger som nevnt av EF-domstolens praksis at domstolene ved vurderingen av [identitetsspørsmålet] må ta hensyn til karakteren av den virksomhet som er overtatt. Mens identiteten til en produksjonsbedrift i stor grad kan være knyttet til lokaliseringen, til aktiva i form av fast eiendom og produksjonsutstyr og til goodwill som følge av kundekrets, varemerker osv., vil en tjenesteytende virksomhet i større grad være preget av selve ytelsen og dermed av de personer som utøver virksomheten. Både rengjøring og vakthold vil kunne utføres uten at arbeidsgiveren i nevneverdig grad har egne driftsmidler involvert i virksomheten”.

Spørsmålet om identiteten er i behold etter overføringen vil altså etter Høyesteretts oppfatning kunne stille seg forskjellig alt ettersom det er snakk om å overføre en bedrift som har produksjon som sitt hovedsakelige virkefelt, eller det er snakk om en bedrift som i det vesentlige driver servicerettet virksomhet. I sistnevnte tilfelle vil det forhold at de ansatte er overført være et tungtveiende moment i retning av at reglene kommer til anvendelse. Ved outsourcing av typiske støttefunksjoner som renhold og vakthold viser dommen at man vil kunne unngå at reglene om virksomhetsoverdragelse kommer til anvendelse dersom man lar være å tilby disse ansatte jobb hos det selskap som overtar funksjonen.

I forbindelse med spørsmålet om hva som ligger i overføring av en enhet kan merkes en avgjørelse fra engelsk high court av 28. juli 1995, ”Brintel helicopters”. Den nødvendige identitet ble her ansett å foreligge, selv om ingen arbeidstakere og ingen aktiva ble overtatt av selskapet som vant anbudskonkurransen. Dommen går langt i å la reglene komme til anvendelse ved at den stiller små krav til identitet. Avgjørelsen må sies å gå vesentlig lenger enn, og derfor harmonere dårlig med dommen i Rt.2001/248, ”Ambulansedommen”. Det avgjørende for identitetskravet er om den aktivitet som utføres før og etter overføringen er den samme. Avgjørelsen innebærer at en tapt anbudskonkurranse nesten automatisk medfører at den vinnende part må overta de ansatte hos den tapende part. Avgjørelsen viser at det er vanskelig å trekke klare enhetlige grenser for når reglene om virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse.

I alle dommene som er omtalt ovenfor har overføringene en varig karakter. Spørsmålet blir i det følgende om outsourcing kan være en virksomhetsoverdragelse også der utsettingen er av kort tidsmessig varighet og følgelig av midlertidig karakter. Med andre

ord: er det en forutsetning for at reglene om virksomhetsoverdragelser skal komme til anvendelse at outsourcingen er permanent?⁵¹

EF-domstolens sak C 48/94, ”Strø Mølle Akustik AS”, inneholder uttalelser som kan trekke i retning av at helt kortvarige overføringer ikke er en virksomhetsoverdragelse i direktivets forstand. Saken var her at en byggherre hadde overført en del av oppdraget fra en entreprenør til en annen. Overføringen gjaldt en konkret og tidsmessig avgrenset del av det totale oppdraget.

Domstolen viste til at rettspraksis krever ” at overførselen vedrører en økonomisk enhet, der er organisert på stabil måte, og hvis aktiviteter ikke er begrenset til utførelsen av en nærmere bestemt entreprise. Denne situation foreligger ikke, hvor en virksomhet overfører en av sine entrepriser til en annen virksomhet med henblik på færdiggjørelse. En sådan overførsel vil kun kunne være omfattet av direktivet, hvis der samtidig overføres en organisert helhet av elementer, der gør det mulig på stabil måte at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse. Dette er ikke tilfældet, når sistnevnte virksomhed- som i hovedsagen- blot stiller nogle arbejdstagere og materialer til fuldførelse af den pågældende entreprise til rådighed for den nye entreprenør”.

Domstolen slår på denne bakgrunn fast at direktivet ikke kommer til anvendelse ved ny entreprenørs fullføring av entreprise med hovedentreprenørs samtykke. Direktivet kommer følgelig bare til anvendelse ved overføring av en stabil økonomisk enhet, og ikke når formålet med overføringen utelukkende er å fullføre arbeidet. Dette gjelder selv om både ansatte og materialer følger med fra den tidligere entreprenør.

Dommen gir anvisning på at det må stilles visse krav til varighet og omfang av overføringen før reglene om virksomhetsoverdragelser kommer til anvendelse. Akkurat hvor langvarig outsourcingen må være, for at reglene om virksomhetsoverdragele skal komme til anvendelse, er det likevel vanskelig å uttale seg generelt om.

Når det gjelder forholdet mellom outsourcing og virksomhetsoverdragelser, taler også gode reelle grunner for synspunktet om at utsettingen må ha en viss varighet. Arbeidsgiver kunne ellers blitt fristet til å utkontrahere med en korttidskontrakt. Dersom

⁵¹ Se Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Side 358. Jakhelln synes å legge til grunn at det må avgrenses mot reglene om virksomhetsoverdragelser der de overførte aktiviteter er av kort tidsmessig varighet og av begrenset omfang.

denne korttidskontrakten skulle medført at reglene om virksomhetsoverdragelse kom til anvendelse, ville arbeidstakerne som ble rammet av outsourcingen blitt overført i kraft av reglene i kapittel XII A. Resultatet av dette kunne blitt at arbeidsgiver etter utløpet av utsettingskontrakten igjen kunne startet den aktuelle funksjon ved hjelp av egne nye ansatte, og hadde følgelig blitt kvitt de som var ansatt til å utføre funksjonen før outsourcingen. Risikoen for en omgåelse av stillingsvernet etter § 60 nr.2 annet ledd ville da vært markant.

Samlet sett viser gjennomgangen av de relevante rettskilder på området at outsourcing under visse omstendigheter er å anse som en virksomhetsoverdragelse. Det gjelder både outsourcing som rammes av § 60 nr.2 annet ledd, og støttefunksjoner som ikke faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde.

2.6.1 Vurdering

Siden det må svares bekreftende på at outsourcing i visse tilfeller kan bli ansett som en virksomhetsoverdragelse, oppstår spørsmålet om tidligere og/eller den nye arbeidsgiver gjennom sine disposisjoner kan influere på spørsmålet om utsettingen faller innenfor anvendelsesområdet for reglene om virksomhetsoverdragelse. Hvilke muligheter har arbeidsgiver for å manipulere? Dette kan også formuleres som et spørsmål om hvor reelt vernet etter kapittel XII A virkelig er.

Ofte vil den overdragende arbeidsgiver være best tjent med at en utsetting faller innenfor reglene om virksomhetsoverdragelse. Omfattes utsettingen av anvendelsesområdet til § 73 A, vil det ikke være aktuelt å gå til oppsigelse fra overdragende arbeidsgivers side. Dette fordi overgangen av ansettelsesforholdet skjer umiddelbart i kraft av virksomhetsoverdragelsen. Arbeidstakerne er da automatisk ansatt hos den nye arbeidsgiver, og gamle arbeidsgiver slipper arbeidsgiveransvar for de ansatte som overføres. Videre unngår arbeidsgiveren å komme i en situasjon der han har et overtall av ansatte, som kanskje ikke kan sysselsettes på en rasjonell måte, samt at han slipper å ha arbeidstakeren gående i oppsigelsestiden. Arbeidsgiver unngår begrensningene i oppsigelsesadgangen som § 60 nr.2 annet ledd oppstiller, ved at utkontraheringen rettslig sett blir ansett å være en virksomhetsoverdragelse.

Hvilke muligheter har så arbeidsgiver for å manipulere?

For det første vil arbeidsgiver selv ha kontroll med hvilke funksjoner som skal utkontraheres. En arbeidsgiver med god kjennskap til regelverket vil kunne utkontrahere i en slik utstrekning at reglene om virksomhetsoverdragelser får anvendelse på forholdet, og på den måten frata arbeidstakerne vernet etter § 60 nr.2 annet ledd.

Ønsker arbeidsgiver på den annen side at utsettingen skal falle utenfor virkeområdet til Kapittel XII A, har han muligheter til det dersom han setter ut enkelte oppgaver som utføres i en avdeling av personer som også utfører en rekke andre oppgaver.

For det annet vektlegger EF-domstolen i sin praksis rundt anvendelsesområdet for reglene hvorvidt utstyr eller ansatte blir overtatt av den nye arbeidsgiveren. Arbeidstakeren blir da beskyttet av kapittel XII A dersom det er en overføring, og det kan tenkes å være en overføring fordi ansatte eller aktiva skal overtas. Overtas verken aktiva eller ansatte viser rettspraksis at kapitlet ikke nødvendigvis kommer til anvendelse.

I Rt.2001/ 248 uttaler Høyesterett rundt dette: ”Slik jeg ser det, kan spørsmålet om identitet vanskelig vurderes annerledes enn ut fra situasjonen slik den faktisk ble, hvor ansatte og aktiva ikke fulgte med, og ikke slik den ville ha blitt hvis Olderdalen Ambulanse A/S hadde forholdt seg på annen måte. Konsekvensen av dette blir at den overtakende virksomhet ved egne beslutninger kan få en avgjørende innflytelse når spørsmålet om stillingsvern ved virksomhetsoverdragelse skal avgjøres, men lenger kan jeg ikke se at stillingsvernet er utbygget gjennom den praksis som foreligger fra EF- og EFTA domstolene. Og for øvrig vil den overtakende bedrift allerede på forhånd ha en slik innflytelse, blant annet ved det valg som gjøres med hensyn til overtakelse av aktiva”.

Man ser av uttalelsen i dommen at den nye arbeidsgiver i atskillig utstrekning kan avgjøre hvorvidt arbeidstakerne får nyte godt av oppsigelsesvernet etter § 73 C, gjennom det valg som gjøres ved overtagelse av aktiva og ansatte. Er det snakk om overføring av en produksjonsbedrift, vil overtakende bedrift ha en god mulighet for å unngå at reglene kommer til anvendelse dersom den lar være å overta fast eiendom og aktiva. Er det snakk om en overføring av en tjenesteytende virksomhet, kan den overtakende virksomhet tenkes å unngå at reglene kommer til anvendelse ved å la være å ansette arbeidstakerne som berøres av overføringen. En arbeidsgiver som vurderer å overføre en del av driften til en annen arbeidsgiver kan, for å unngå at reglene i kapittel

XII A får anvendelse, heller legge ned den aktuelle del av driften, si opp ansatte og selge utstyr som har vært brukt i driften. Senere kan han kjøpe inn tjenesten fra eksterne leverandører. Sjansen for å unngå reglene er betydelige dersom arbeidsgiver opptrer på denne måten.

For at arbeidsgiver skal kunne kalkulere hvilke virkninger en utsetting skal få, kreves det imidlertid at han har inngående kjennskap til grensedragningen rundt anvendelsesområdet til kapitlet om virksomhetsoverdragelser.

Den overførende arbeidsgiver vil også kunne påvirke hvilke ansatte som skal overføres i forbindelse med virksomhetsoverdragelsen. Dersom den individuelle arbeidsavtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ikke er til hinder for det, kan arbeidsgiver i kraft av styringsretten flytte på arbeidstaker, slik at denne må utføre andre arbeidsoppgaver i andre deler av firmaet.⁵² En arbeidsgiver som eksempelvis vurderer å utkontrahere lagerfunksjonen ved bedriften, vil på forhånd kunne overføre en ansatt fra tjeneste i produksjon til lagertjeneste. På denne måten vil en uønsket arbeidstaker kunne fjernes fra bedriften i kraft av reglene om virksomhetsoverdragelser.

Arbeidsgiver vil på denne måten kunne drive en utsiling av arbeidstakere, slik at han selv etter en overdragelse av deler av virksomheten blir sittende igjen med de arbeidstakere han ønsker. Dette vil regelmessig være de ansatte som arbeidsgiveren anser for å være mest kompetente og som blir ansett som vitale for den del av bedriften som drives videre.

Alt dette forutsetter at arbeidstakerne ikke kan utøve valgrett ved overdragelsen.⁵³ En overføring fra en del av bedriften til en annen vil videre måtte foregå så langt i tid før utkontraheringen, at det ikke kan påvises at forflytningen utelukkende er motivert av en nært forestående virksomhetsoverdragelse. Dette vil kunne utgjøre et misbruk av styringsretten basert på manglende saklighet i spørsmålet om forflytning fra arbeidsgivers side.

⁵² Styringsretten på dette området kan også være begrenset gjennom tariffavtale, i tillegg til at den er underlagt begrensninger i lovverket. Styringsretten er også begrenset av et alminnelig prinsipp om saklighet i arbeidsgivers vurderinger. Er styringsretten i denne forbindelse utøvd etter en saklig og forsvarlig behandling av spørsmålet om flytting, vil arbeidstaker som hovedregel ikke kunne motsette seg flytting til en annen del av bedriften.

⁵³ Nærmere om valgretten i avsnitt 2.8 nedenfor.

2.6.2 Vurdering av standpunktet i Rt.2001/248

Avgjørelsen angir at utgangspunktet for identitetsspørsmålet må tas i karakteren av den virksomhet som er overdratt. I denne saken fastslår Høyesterett at ambulansedrift ligger midt mellom en tjenesteytende bedrift og en produksjonsbedrift. Av denne grunn blir både aktiva og personell viktige for spørsmålet om den nødvendige identitet er i behold.

Konsekvensen av Høyesteretts standpunkt blir at det avgjørende for spørsmålet om identitet er om aktiva eller de ansatte er den vesentligste del av driften. At dette skal være avgjørende kan sies å være noe betenkelig. Kan det overhodet stilles/måles opp mot hverandre hva som er viktigst/mest vesentlig av aktiva eller ansatte? Det er vanskelig å måle to så usammenlignbare størrelser.

Det hjelper ikke å ha en hjertestarter hvis man ikke har ansatte som vet hvordan den brukes. Det hjelper heller ikke å ha ansatte som kan bruke hjertestarter hvis en hjertestarter ikke er tilgjengelig. Ansatte er avhengig av utstyr og utstyr må ha ansatte for å kunne brukes. Man kan derfor spørre seg om det ikke er helheten som er viktigst.

Høyesterett graderer også viktigheten av forskjellige driftsmidler. En overføring av ambulansebil ville kunne medført at reglene om virksomhetsoverdragelser hadde kommet til anvendelse, mens det at Olderdalen Ambulanse AS overtok hjertestarter ikke ble tillagt avgjørende vekt. Denne graderingen av hvilke driftsmidler som er viktigst vil kunne medføre visse problemer i den konkrete vurderingen av om identiteten er i behold.

Spørsmål man står igjen med etter avgjørelsen er hvorfor ansatte og bil ble avgjørende. Hvorfor er sambandsutstyr og hjertestarter mindre viktige elementer enn bilen? Hvorfor ble ikke det faktum at det etter overføringen ble brukt samme garasje tillagt nevneverdig vekt, selv om EF-praksis har fastslått at lokalitet er et viktig moment for å fastslå om identiteten er i behold? Er det egentlig noen grunn til å skille mellom ansatte i produksjonsbedrifter og ansatte i serviceytende virksomhet? Hvorfor skal en renholdsansatt ha svakere vern enn for eksempel en kontoransatt? Det er vanskelig å finne noe i EF-domstolens praksis som peker i denne retningen. Det er heller ikke lett å tenke seg gode reelle grunner som skulle tilsi at renholdsansatte skal ha et svakere vern.

Avgjørelsen uttrykker også klarere enn før at arbeidsgivers disposisjoner spiller en viss rolle for spørsmålet om reglene etter kapittel XII A kommer til anvendelse. Dette kan være et uheldig signal å sende ut, som i større grad gjør arbeidsgiver klar over at han

kan influere over stillingsvernet. Hensynet til stillingsvern og formålet med direktivet generelt tilsier at om ansatte er tilbudt overføring eller ikke, ikke bør være av betydning for om reglene kommer til anvendelse. Særlig må dette gjelde ved bevisste omgåelser hvor overføring av ansatte ikke finner sted utelukkende av den grunn at man ønsker å unngå at reglene kommer til anvendelse.

At arbeidsgiver skal ha avgjørende innflytelse på om reglene kommer til anvendelse stemmer dårlig overens med formålet bak reglene. Det bør derfor ikke være selvsagt at standpunktet opprettholdes der overtakende arbeidsgivers disposisjoner åpenbart har omgåelsesformål, særlig på bakgrunn av at formålsbetraktninger generelt tillegges stor vekt av EF-domstolen når anvendelsesområdet skal fastsettes.

Saken om ambulansetjenesten gikk parallelt med EF-domstolens sak C-172/1999, ”Pekka”. I denne saken uttalte EF-domstolen at dersom aktiva er det sentrale, kan det ikke tillegges vekt ved avgjørelsen av identitetsspørsmålet om ansatte overføres. Selv om Høyesteretts avgjørelse i resultatet samsvarer med ”Pekka-saken”, er begrunnelsen noe forskjellig i de to avgjørelsene. I ”Ambulansedommen”, legger Høyesterett vekt på at verken aktiva eller ansatte ble overført. I ”Pekka-saken” ble ansatte overført, og domstolen fastslo at direktivet ikke kom til anvendelse selv om ansatte ble overført. Det var ikke avgjørende at ansatte ble overført. Det hadde vært bedre i samsvar med ”Pekka-saken” om Høyesterett hadde lagt avgjørende vekt på det faktum at aktiva ikke var overført, da dette ville vært tilstrekkelig til å begrunne resultatet. På bakgrunn av ”Pekka-saken” kan det virke som Høyesterett skulle lagt mindre vekt på momentet overføring av ansatte.⁵⁴

Det kan på denne bakgrunn se ut til at Høyesterett legger opp til et noe subtilt skille når spørsmålet om identitet skal vurderes. Skillet kan medføre større usikkerhet rundt en overføringssituasjon, og dermed svakere vern for arbeidstakere.

Ser man på praksis fra Høyesterett og EF-domstolen, kan det spørres hva som skjer med identitetskravet. I dag legges det stor vekt på om aktiva er overført, og liten vekt på om ansatte er overført. Samlet sett tyder praksis på at kravet er i endring, og

⁵⁴ Siden ”Ambulansedommen”, som ble avsagt tre uker senere enn ”Pekka-saken”, ikke inneholder noen henvisninger til denne, kan det kanskje spørres om Høyesterett på domstidspunktet i det hele tatt visste om denne dommen.

mye tyder på at siste ord i denne forbindelse ikke er sagt, og at den fremtidige utviklingen derfor er usikker.

2.7 Virkninger av at outsourcing anses som en virksomhetsoverdragelse

Virkningen av at en utkontrahering faller inn under lovens regulering av virksomhetsoverdragelser er at de berørte arbeidstakere får oppsigelsesvern på dobbelt grunnlag. De vernes både etter saklighetskravet i § 60 nr.2 annet ledd og etter oppsigelsesvernet på grunn av overføring i § 73 C. Etter omstendighetene kan vernet etter § 73 C være et mer omfattende og sterkere vern for arbeidstaker. En påberopelse av dette vernet vil derfor kunne være mest interessant for arbeidstakeren.

Vernet etter kapittel XII A går i all hovedsak ut på at de ansatte som er tilknyttet virksomheten skal ha de samme rettigheter overfor bedriftens nye eier som overfor den gamle eieren. En virksomhetsoverdragelse gir følgelig ikke den nye arbeidsgiver rett til å si opp den ansatte grunnet virksomhetsoverdragelsen, jfr. § 73 C. Arbeidstakeren kan holde seg til det overtakende selskap som ny arbeidsgiver med de rettigheter og plikter som følger av den opprinnelige arbeidsavtale med den gamle arbeidsgiveren.

Dersom arbeidstaker har rett til å holde seg til den gamle arbeidstaker etter overføringen, vil han nyte godt av vernet etter § 60 nr.2 annet ledd, eller § 60 nr.2 første ledd dersom utsettingen ikke faller inn under det styrkede vernet.

2.8 Valgrett for arbeidstaker ved outsourcing

Den følgende drøftelse tar ikke sikte på å gi en generell, helhetlig fremstilling av valgretten. Drøftelsen vil vinkles inn mot valgrett ved outsourcing.

Med begrepet valgrett forstås at arbeidstaker kan kreve å opprettholde sitt ansettelsesforhold ved å fastholde den opprinnelige arbeidskontrakt med tidligere arbeidsgiver.⁵⁵

Utgangspunktet etter arbeidsmiljøloven er at et arbeidsforhold består inntil det er brakt til opphør gjennom avtale eller gyldig oppsigelse eller avskjed. Kontraktrettslig kan man videre si at arbeidsgiver, som den ene parten i et kontraktsforhold, ikke kan overføre sine forpliktelser etter kontrakten til en annen part uten samtykke fra arbeidstakeren. Skal arbeidstaker på denne bakgrunn nektes valgrett, må det eksistere et særlig rettsgrunnlag for overføring av arbeidsforhold.

Hvilke hensyn gjør seg så gjeldende ved avgjørelsen? Fra et avtalerettslig perspektiv kan det anføres at arbeidstakerne har inngått arbeidsavtalen med den overdragende part. Det kan på denne bakgrunn kunne stilles spørsmålsteget ved rimeligheten av at opprinnelig arbeidsgiver ved en ensidig disposisjon skal kunne fri seg fra ansvaret til å oppfylle arbeidskontrakten.⁵⁶

Mot dette syn kan anføres at den tidligere arbeidsgiver kan ha et behov for å rasjonalisere bedriften. En valgrett med konsekvens at arbeidstaker fortsatt anses for ansatt hos gamle arbeidsgiver vil kunne medføre vansker for arbeidsgiveren. Hvor store vansker en valgrett får for den overdragende part avhenger imidlertid av arbeidstakerens oppsigelsesvern i den aktuelle situasjon, jfr. Rt.1999/977.

Problemstillingen i det følgende blir å drøfte i hvilken utstrekning arbeidstaker kan kreve å opprettholde ansettelsen til tidligere arbeidsgiver i forbindelse med utkontrahering.

Innledningsvis er det viktig å peke på at det ved spørsmålet om arbeidstaker har valgrett ikke er nødvendig at outsourcingen utgjør en virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand. Jfr. i denne forbindelse Rt.1999/977. Høyesterett uttaler her at det ikke er nødvendig å konkludere på spørsmålet om det foreligger en virksomhetsoverdragelse, da arbeidsgiveren etter omstendighetene i saken måtte tilstå en valgrett. Retten uttaler i denne forbindelse at adgangen til å holde seg til tidligere

⁵⁵ En valgrett forutsetter at det foreligger en minst like omfattende reservasjonsrett. En reservasjonsrett forutsetter ikke på samme måte en valgrett. For omtale av reservasjonsretten, se førstvoterendes uttalelser om denne i Rt.1999/977.

⁵⁶ I denne retning, Jakhelln. Oversikt over arbeidsretten. Side 354.

arbeidsgiver ”i sitt innhold vil være identisk med den posisjon arbeidstakeren vil være i om det ikke foreligger en virksomhetsoverdragelse”. Spørsmålet om valgrett kan altså i prinsippet aktualiseres uten hensyn til om det er snakk om en overdragelse som omfattes av kapittel XII A i arbeidsmiljøloven.

Dersom outsourcingen ikke utgjør en virksomhetsoverdragelse etter kapittel XII A, vil de berørte arbeidstakere alltid kunne holde seg til sin opprinnelige arbeidsgiver. Det er denne de har inngått arbeidsavtalen med.

Den følgende drøftelse vil derfor basere seg på de tilfellene der outsourcingen også er en virksomhetsoverdragelse.

Den første retningsgivende avgjørelse om arbeidstakers valgrett ble avsagt 30. juni 1999, gjengitt i Rt 1999/977, også kalt ”Nemkodommen”. Denne avgjørelsen er sammen med Rt.1999/989 særlig interessant her, fordi de angår typiske tilfelle av outsourcing.

Når det gjelder rettstilstanden før de to dommene fra 1999, henvises det til førstvoterendes uttalelser om denne i Rt.1999/977. Her behandler førstvoterende innledningsvis EU-direktivet om virksomhetsoverdragelser, og finner at spørsmålet om arbeidstakers valgrett ikke er regulert her. Spørsmålet om valgretten må løses etter norsk rett. Retten finner at Aml. kapittel XII A ikke gir løsning på spørsmålet. Valgretten må derfor løses etter ulovfestet rett.

Etter en gjennomgang av det foreliggende kildemateriale, vesentlig arbeidsrettslig teori⁵⁷ og NOU 1996:6, oppsummerer førstvoterende rettstilstanden rundt valgretten slik: ”Det består en valgrett i visse spesielle tilfeller der selve overgangen antas å ha betydning for arbeidstakers situasjon. Det må videre fremheves at spørsmålet stort sett synes å ha vært behandlet ut fra at hele bedriften eller en klart selvstendig del av bedriften skifter eier. Det er i disse tilfellene den anførte begrunnelsen for en plikt til overgang til ny arbeidsgiver slår til. Her spiller det liten rolle for arbeidstakeren hvem eieren er”.

I Rt.1999/977 var forholdet at bedriften Nemko A/S satte ut sentralbord og resepsjonstjenesten på oppdrag til Securitas A/S. På overføringstidspunktet var det en ansatt i Nemko som utførte dette arbeid. Arbeidstakeren ble etter overføringen ansatt i

⁵⁷ Det er vist til den aktuelle litteratur i fotnote 12.

Securitas som vokter. Arbeidstakeren motsatte seg overføring og anla søksmål mot Nemko med krav om at det opprinnelige arbeidsforhold skulle anses å bestå.

Når det, som i denne sak, er snakk om å overføre bare en ansatt faller noe av begrunnelsen for å oppstille utgangspunktet om en pliktig overgang til ny arbeidsgiver bort. Unntak kan lettere tenkes. Begrunnelsen for dette er ifølge Høyesterett at ved en overføring av mindre deler av en virksomhet vil arbeidskontrakten og arbeidssituasjonen lettere kunne skifte realitetsinnhold slik at arbeidstaker her i større grad kan tenkes å kunne påberope seg en valgrett.

Man ser at utstrekningen av arbeidstakers valgrett er forskjellig alt ettersom det er snakk om en stor eller liten del av virksomheten som overdras. Dette medfører at en valgrett lettere kan innrømmes i typiske outsourcingsituasjoner, enn der hele bedrifter overføres.

Retten konkluderte etter en konkret vurdering av den ansattes forhold med at det var klart at arbeidstaker her hadde valgrett, dette grunnet vesentlige endringer i arbeidstakers arbeidssituasjon. Dermed hadde arbeidstaker også rett til å få prøvet gyldigheten av oppsigelsen fra Nemko.

Siden Høyesterett finner dette konkrete tilfellet klart, angir dommen sannsynligvis ikke den nedre grense for i hvilke situasjoner arbeidstaker har rett til å fastholde arbeidsavtalen med den opprinnelige arbeidsgiver. Dommen er enstemmig og vil ha betydelig vekt ved avgjørelsen av fremtidige tvister omkring spørsmålet om valgrett

Den neste dommen som viderefører dette syn på valgretten, er Rt.1999/989. Faktum i saken er beskrevet ovenfor.⁵⁸

Også i denne dommen kom Høyesterett til at de ansatte kunne velge å fastholde arbeidsforholdet til tidligere innehaver av den overførte virksomhet fordi overføringen medførte endringer av arbeidstakers arbeidssituasjon.

Førstvoterende slutter seg til det syn på valgretten som fremkom i Rt.1999/977. Selv om overføringen i denne saken omfatter tre arbeidstakere, mot en i ”Nemko-dommen”, blir dette ikke ansett å være avgjørende for utfallet. De samme hensyn gjør seg gjeldende ved at også denne overføring er ansett som en overføring av en liten del av arbeidsstokken. Den bedrift som overtok virksomheten hadde et mer omfattende

⁵⁸ Avsnitt 2.4.2

virksomhetsområde, med den følge at arbeidstakers bånd til den opprinnelige arbeidsplass ble svekket. Risikoen for at arbeidstaker ville kunne få vesentlig større reisetid ble tillagt vekt i retning av å innrømme arbeidstaker valgrett.

Avgjørelsene viser samlet sett at begrunnelsen for å innrømme valgrett i større grad slår til ved typiske tilfeller av outsourcing, enn tilfeller der hele eller klart selvstendige deler av bedriften overføres. Jo mindre del som utkontraheres, jo større sjanse er det for at den konkrete situasjon kan medføre en valgrett for de arbeidstakere som berøres av utsettingen. Det kan videre trekkes den slutning at ved outsourcing av funksjoner det er knyttet få arbeidstakere til, vil sjansen for at den/de berørte arbeidstaker(e) gis en valgrett være større enn dersom funksjonen som settes ut har vært utført av en større gruppe arbeidstakere.

Høyesterett avsa den 21. desember 2000 to nye dommer som presiserer rettstilstanden på området. Dommene er inntatt i Rt.2000/2047 og i Rt.2000/2058, og omtales som henholdsvis ”psykiatridommen” og ”miljøtransportdommen”. I begge dommene var det, i motsetning til dommene fra 1999, tale om overdragelse av hele kjernevirksomheten til nye innehavere og arbeidsgivere.

I Rt.2000/2047 anser førstvoterende seg bundet av uttalelsene i dommene fra 1999, og uttaler at disse må være retningsgivende ved avgjørelsen av om det i denne saken foreligger valgrett. Dette gir indikasjoner på en festnet rettstilstand, der rettspraksis fra disse avgjørelser må tillegges vesentlig, om ikke avgjørende vekt ved fastsettelsen av adgangen til å fastholde arbeidsavtalen med opprinnelige arbeidsgiver.

Førstvoterende forstår rettstilstanden slik: ”Jeg oppfatter rettstilstanden å være slik at valgrett etter omstendighetene kan tilstå arbeidstakeren ved en virksomhetsoverdragelse som fører til ikke uvesentlige negative endringer i arbeidstakerens situasjon. Ikke en hvilken som helst forverring av arbeidssituasjonen bør medføre rett for arbeidstakeren til å holde seg til sin tidligere arbeidsgiver. Men visse endringer kan være av en så inngripende karakter, og bety så mye for arbeidstakerens nåtidige og fremtidige situasjon, at de bør utløse en valgrett. Som fremholdt i Nemko-dommen, vil slike endringer erfaringsmessig lettere oppstå når begrensede deler av en virksomhet overføres, enn når overføringen gjelder en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne”.

Her uttrykkes det relativt klart at adgangen til å utøve valgrett gjennomgående vil være større ved outsourcing enn ved de ”klare” virksomhetsoverdragelser. Likevel

holdes døren på gløtt for at det også kan tenkes en valgrett der overføringen gjelder en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne. En forutsetning for valgrett er uansett at overdragelsen medfører en kvalifisert forverring av arbeidstakers arbeidssituasjon.

I avgjørelsen sies det videre at tidspunktet for bedømmelsen av om endringene i arbeidsforholdet er av en slik karakter at valgrett bør innrømmes må ha som utgangspunkt situasjonen som foreligger når virksomhetsoverdragelsen finner sted. Nærliggende fremtidige endringer må også tas i betraktning. I tillegg kan det legges vekt på den senere kjente utvikling, særlig når denne utvikling bekrefter arbeidstakers antagelser om en forverret situasjon etter overføringen, dersom disse antagelser ble tilkjennegitt før overføringen. Dette er også rimelig på den måte at arbeidstaker ikke bør gis valgrett der en senere forverring som den nye arbeidsgiver heller ikke kjente til skal medføre at han risikerer å stå uten arbeidskraft ved at ansatte holder seg til den tidligere arbeidsgiver.

Resultatet i denne dommen ble et annet da forholdene her skilte seg så vesentlig fra forholdet i de to foregående sakene. Virksomheten fortsatte etter overføringen i det alt overveiende som før med minimal forandring i arbeidssituasjonen til de ansatte. Avgjørelsen viser at når arbeidstakernes arbeidssituasjon ikke forandres, faller begrunnelsen for å innrømme arbeidstaker en valgrett bort.

Høyesterett fant det klart at det i denne saken gjaldt en overføring som i Nemko-dommen ble karakterisert som ”hele bedriften eller en klart selvstendig del av bedriften”. Førstvoterende tiltrer synet i Nemko-dommen om at det er i disse tilfellene begrunnelsen for en pliktig overgang slår til. Førstvoterende omtaler plikten til å bli med over til ny arbeidsgiver som den ”klare hovedregel”, men uttaler samtidig at unntak kan tenkes.⁵⁹

Mindretallet (1 dommer) hadde et annet syn på spørsmålet om valgrett. Etter dennes syn eksisterer det overhodet ingen ulovfestet valgrett ved virksomhetsoverdragelse av en hel bedrift eller en klart selvstendig del av denne. De hensyn som i visse tilfelle kan gjøre seg gjeldende ved overføring av små deler eller støttefunksjoner, vil ifølge mindretallet aldri kunne begrunne en valgrett der hele eller en klart selvstendig del av bedriften overføres.

⁵⁹ Det tillegges ingen selvstendig vekt i avgjørelsen av om valgrett foreligger at overdragelsen medførte en privatisering av offentlig tjeneste.

I Rt.2000/2058 kom flertallet til at arbeidstakerne hadde valgtrett, men at denne ikke var utøvd i tide.⁶⁰ Annenvoterende, som representerte flertallet i synet på valgtretten, tiltrådte det syn som er fremkommet i de tidligere nevnte dommer.

Flertallet fant at overdragelsen medførte så inngripende negative endringer for arbeidstakerne at dette begrunnet unntak fra hovedregelen. Et moment av vesentlig vekt i vurderingen var den usikkerhet i forhold til en overtallighetssituasjon som overdragelsen medførte.⁶¹ Muligheten for omplasseringer var også større i Oslo kommune. Dette ble også vektlagt i retning av å innrømme arbeidstakerne valgtrett. Omplasseringsmuligheter får som kjent betydning for det faktiske innhold i oppsigelsesvernet etter § 60 nr 2 første ledd.

Mindretallet (2 dommere) tar også utgangspunkt i den hovedregel som er utpenslet. Uenigheten ligger ikke i innholdet av denne, men i den konkrete vurderingen av om unntak skal gjøres.

Avgjørelsen viser at det etter omstendighetene også kan tilstås en valgtrett der hele eller klart selvstendige deler av en virksomhet overføres.

Samlet sett viser rettskildebildet på området at det under gitte omstendigheter eksisterer en valgtrett for arbeidstaker. En valgtrett vil lettere kunne tenkes dersom mindre deler av virksomheten overføres, noe som ofte er tilfellet ved outsourcing. Forholdene vil i disse situasjoner lettere være slik at arbeidstaker kan vente seg en markert forandring i arbeidssituasjonen som følge av utsettingen.

Hovedregelen er likevel at arbeidstakerne plikter å følge med den overdratte virksomhet og at arbeidstaker derfor ikke kan velge å holde seg til den opprinnelige arbeidsgiver. Denne hovedregelen er som sagt ikke like rigid ved outsourcing.

Om arbeidstaker kan fastholde arbeidsavtalen med opprinnelig arbeidsgiver vil måtte undergis en konkret helhetsvurdering. Momenter til veiledning fremkommer i det vesentlige av rettspraksis.

I NOU 1996:6 er det foreslått en ny § 73 F nr.3, med følgende ordlyd: ” En arbeidstaker kan motsette seg at arbeidsforholdet blir overført til ny arbeidsgiver dersom den nye ikke har

⁶⁰ Dommen er enstemmig i resultatet, men det er dissens 3-2 i spørsmålet om valgtrett.

⁶¹ Se fotnote 28.

forsvarlig grunnlag for fortsatt drift, eller arbeidets karakter innebærer et særlig tillits- og samarbeidsforhold med arbeidsgiver”.

En ser av ordlyden i den foreslåtte bestemmelse at den gir arbeidstaker en begrenset adgang til å motsette seg at arbeidsforholdet blir overført til ny arbeidsgiver. Det må videre kunne hevdes at ordlyden i forslaget til ny bestemmelse inneholder mange skjønnspregede ord, og er utformet nærmest som en rettslig standard.

Utvalget fremhever⁶² at de finner det hensiktsmessig at gjeldende rett avklares og presiseres gjennom lovregulering, fremfor å overlate rettsutviklingen til rettspraksis. Hensynet til både arbeidstaker og arbeidsgiver tilsier lovregulering. Dette for å fremme klarhet og hindre usikkerhet om det eksisterer en valgrett i det enkelte tilfelle. Det fremkommer at lovreguleringen skal være uttømmende.

Det må sies å være noe usikkert om det vil komme en lovfesting av valgretten med innhold som foran foreslått. Ser man på den rettspraksis som nå foreligger, går denne noe lenger i å tillate valgrett enn det ordlyden i forslaget legger opp til.

2.8.1 Varslingsfrist for valgretten

Rt.2000/2058 inneholder også et krav om at arbeidstaker varsler om at valgretten gjøres gjeldende. Overholdes ikke denne varslingsfristen, taper arbeidstakeren retten til å gjøre valgrett gjeldende

I Rt.2000/2047 uttaler mindretallet i et obiter dictum at det eksisterer en ”varslingsfrist” for de arbeidstakere som vil gjøre valgretten gjeldende. Etter mindretallets syn må valgretten tilkjennegis senest ved tidspunktet for overdragelsen. Det lanseres her et formelt vilkår for å kunne påberope seg valgrett, noe som ikke er nevnt i de andre dommene om valgretten.

Gode reelle grunner taler for at det bør gjelde en slik varslingsplikt. Nye arbeidsgivers behov for visshet omkring hvilke arbeidstakere han får med over trekker i retning av en slik varslingsplikt. I samme retning trekker behovet for innrettelse, slik at nye arbeidsgiver får planlagt og strukturert den videre drift.

Flertallet synes imidlertid i Rt.2000/2058 å modifisere kravet om at valgretten må tilkjennegis senest ved tidspunktet for overdragelsen,

Det sies i dommen at arbeidstakerne ikke kan ”ha hatt adgang til å holde spørsmålet om utøvelsen av valgretten åpent i lengre tid”. Det oppstilles ikke et absolutt krav om at tidspunktet for overdragelsen er siste frist for å gjøre valgretten gjeldende. Flertallet sier

videre at et år etter overdragelsen klart er for lang tid. Valgretten er bortfalt langt tidligere.

Under lagmannsrettens behandling av saken ble valgretten derimot ansett å være utøvd i tide.

Utgangspunktet for beregningen av varslingsfristen ble her fastsatt fra et senere tidspunkt, slik at en frist på i overkant av 2 måneder ble akseptert.

Uttalelsene i Rt.2000/2058 medfører at mindretallets uttalelser i Rt.2000/2047 ikke kan gi veiledning ved avgjørelsen av hvor grensen går. Akkurat hvor den tidsmessige grense går er likevel vanskelig å si på bakgrunn av flertallets syn. Det kan hevdes at den ikke er i nærheten av å være et år, siden dette ble ansett for å være ”klart” for lenge.

Reelle hensyn tilsier at valgretten i hvert fall senest bør tilkjennegis så snart som mulig etter overdragelsen, da arbeidsgiver har behov for visshet rundt bemanningssituasjonen etter overdragelsen.

I NOU 1996:6 fremkommer det i forslag til ny § 73 F femte ledd, jfr, fjerde og første ledd, at varsling må foretas senest 30 dager etter at arbeidstaker har mottatt skriftlig informasjon om at arbeidsplassen hans blir berørt av overføringen.⁶³

Begrunnelsen for at det innrømmes en 30 dagers frist, er at arbeidstaker skal gis tid til å tenke seg om og overveie situasjonen før han eventuelt inntar et standpunkt om å utøve valgrett.

Innholdet i forslaget trekker i samme retning som Høyesteretts syn om at ett år er altfor lenge, samtidig som uttalelsene går vesentlig lengre i retning av å innskjerpe tidsfristen. Det er i mangel på relevante kilder grunn til å tillegge uttalelsene om varslingsfrist i NOU'en relativt stor vekt.

Hensynet til arbeidstaker på dette uklare rettsområdet taler på den annen side i retning av å ikke på ulovfestet grunnlag knesette noen absolutt tidsfrist. Rettstilstanden her er imidlertid fortsatt usikker.

⁶² NOU 1996:6 side 99.

⁶³ Nærmere om hvordan denne fristen eventuelt skal beregnes i NOU 1996:6 side 103

2.8.2 Virkninger av at arbeidstaker har valgrett

De rettslige virkningene av at arbeidstaker gjør bruk av retten til å fastholde arbeidsavtalen med den opprinnelige arbeidsgiver vil være at denne enten må beholde arbeidstakeren som ansatt i bedriften, eller gå til oppsigelse av ham etter reglene i arbeidsmiljøloven § 60.

At arbeidstaker ikke blir med over til ny arbeidsgiver er i seg selv ikke grunn for oppsigelse. Verdt å merke seg i forbindelse med saklighetsvurderingen etter det alminnelige oppsigelsesvern er at Høyesterett i Rt.1999/977 påpeker at det faktum at arbeidstaker er tilbudt å fortsette i arbeidet hos den overtakende bedrift vil være et relevant moment i saklighetsvurderingen av oppsigelsen. Dette moment vil ha vekt i retning av at oppsigelsen fra den opprinnelige arbeidsgiver lettere vil bli ansett å være saklig. I Rt.1999/989 legger Høyesterett vesentlig vekt på at arbeidstakeren som følge av reglene i kapittel XII A fikk tilbud om stilling i det overtakende selskap. Viktig å merke seg er at dette ble tillagt stor vekt i forbindelse med at det var snakk om å fortrenge en annen ansatt. Det er ikke gitt at momentet vil ha den samme vekt dersom en eventuell gjeninnsettelse i stilling ikke medfører at andre ansatte må fortrenge.

2.8.3 Særlig problem i forbindelse med styringsretten

Et problem som ofte kan bli aktuelt ved overføring av en del av en bedrift, er spørsmålet om arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan bestemme at arbeidstaker skal tilhøre den del av bedriften som overføres. Årsaken til at det kan oppstå vansker i denne forbindelse, er at det kan være uklart hvor i bedriften den enkelte er ansatt. En arbeidstaker kan tenkes å utføre arbeid for flere avdelinger i en bedrift, eller han forflyttes med jevne mellomrom mellom bedriftens avdelinger. Særlig kan dette tenkes å gjelde funksjoner som renhold og vakthold, stillinger som ofte har blitt gjenstand for outsourcing.

Arbeidsgiver kan i forbindelse med overføring ønske å bruke styringsretten slik at han blir kvitt uønskede arbeidstakere, som han ikke kunne blitt kvitt etter de alminnelige reglene om oppsigelse. Hvem som anses å tilhøre den del som overføres blir på dette grunnlag direkte bestemmende for hvem som eventuelt kan gjøre valgrett

gjeldende. Det særlige vern etter kapittel XII A får videre bare anvendelse overfor de arbeidstakere som tilhører den overførte del.

Det finnes ingen lovregulering omkring spørsmålet. I forarbeidene⁶⁴ er problemet så vidt omtalt i forbindelse med klarlegging av anvendelsesområdet til reglene om virksomhetsoverdragelser. Det heter her⁶⁵ at det avgjørende for spørsmålet hvor arbeidstaker tilhører er hvor i bedriften den ansatte hovedsakelig har jobbet, og hvor det er mest naturlig at han fortsetter jobben sin. Av forarbeidene kan sluttas at arbeidstakers grad av tilknytning til de ulike deler av bedriften er et viktig moment i avgjørelsen. I en senere utredning⁶⁶ gjengis dette synspunktet, under redegjørelsen av gjeldende rett. Dette i forbindelse med forslag til lovfesting av arbeidstakers valgrett. I tråd med alminnelig rettskildelære er det også her grunn til å tillegge uttalelsene atskillig vekt når man klarlegger grensene for styringsretten på området.

Forarbeidene bygger sitt syn på uttalelsene i en dom fra EF-domstolen, sak 186/83 ”Botzen”. Her la domstolen avgjørende vekt på om den avdeling arbeidstakerne var tilknyttet, og som fra et organisatorisk synspunkt dannet rammen om deres arbeidsforhold, ble overført eller ikke. Rettstekniske hensyn ble tillagt vekt i retning av å oppstille en klar regel. Det uttales at for å redusere antall grensetilfeller er det vesentlig å anvende et kriterium som er klart og lett å anvende ved vurderingen av hvor i bedriften den enkelte er ansatt.

Siden EF-domstolens avgjørelser på dette området har stor betydning for innholdet i norsk rett, er det grunn til å tillegge momentet vesentlig vekt ved avgjørelsen av spørsmålet om hvilken del av bedriften arbeidstaker tilhører.

Samlet sier disse momenter at arbeidsgiver gjennom styringsretten ikke står fritt til å bestemme dette selv. Styringsretten beskjæres. Eksempelvis vil en arbeidstaker, som hovedsakelig har arbeidet i en bedrifts produksjon, ikke kunne overføres sammen med bedriftens lagerfunksjon, dersom denne skulle overføres. Det avgjørende er hvordan forholdene reelt sett har vært. Man må gå tilbake og se på hvor i bedriften arbeidstaker faktisk har jobbet. Bevismessige hensyn ved en eventuell tvist taler også for dette syn. Det vil sjelden være særlig problematisk å gå tilbake og kartlegge de faktiske arbeidsforhold.

⁶⁴ Ot.prp.nr.71 1991-92

⁶⁵ Proposisjonens side 32.

⁶⁶ NOU 1996:6 side 48.

Særlige problemer, som jeg av hensyn til oppgavens omfang nøyer meg med å skissere, kan oppstå her. For det første kan man, i forbindelse med eksemplet ovenfor, spørre hva som blir løsningen dersom arbeidstakeren har jobbet like mye i produksjonen som på lageret. Dernest kan det oppstå problemer også i bedriftsledelsen. Hva med den del av bedriftsledelsen som har jobbet særlig opp mot den del som outsources, og som derfor blir overflødig? Problemene er ikke omtalt i forarbeidene, og det finnes heller ingen avgjørende rettspraksis på området.

2.8.4 Vurdering av valgretten

Det synes som om reglene om valgretten, som rettspraksis har trukket opp, i det alt vesentlige gir uttrykk for en hensiktsmessig rettstilstand.

Hovedregelen om at arbeidstakere plikter å følge med over til ny arbeidsgiver bidrar til å redusere usikkerhetsmomentene i forbindelse med en overføring. Den nye arbeidsgiver kan i en viss utstrekning stole på at han ved overføringen også får med kvalifisert personell til å utføre tjenestene. Den gamle arbeidsgiver slipper å risikere at han kommer i en situasjon der han får overtallighet i arbeidsstokken sin etter overføringen.

Samtidig gir adgangen til å gjøre unntak fra hovedregelen at arbeidstaker i de situasjoner der han får arbeidsforholdet sitt vesentlig endret kan holde seg til gamle arbeidsgiver. Valgretten og grensene for denne kan sies å være av større betydning for sentralborddamen i Rt.1999/977, enn for de ansatte ved sykehuset i Rt.2000/2047. Sentralborddamen risikerte på sikt at arbeidsforholdet ble vesentlig forandret, i motsetning til de ansatte ved sykehuset, som neppe merket forandringen på arbeidsgiversiden. På denne bakgrunn må det sies at de arbeidstakere som har et reelt behov for å påberope seg en valgrett, gis anledning til det gjennom den praksis som har festnet seg og dannet rammer for valgretten.

Når en valgrett konkret kan gjøres gjeldende er imidlertid vanskelig å si. Den nærmere vurdering er basert på skjønnsmessige kriterier, som er egnet til å skape klarhet for partene.

3 Avslutning

3.1 Kompliserte regler

Som det fremkommer av det ovennevnte, er problemene rundt arbeidsmiljølovens regler om outsourcing til dels kompliserte. Dette gjelder både vernet etter § 60 nr.2 annet ledd, og forholdet mellom outsourcing og virksomhetsoverdragelser.

Reiser den oppsagte søksmål om gyldigheten av oppsigelsen, har han som hovedregel rett til å stå i stillingen inntil rettskraftig dom om spørsmålet foreligger, jfr. Aml. § 61 nr.4. Gis den oppsagte medhold i at det foreligger en usaklig oppsigelse, har han rett til å bli gjeninntatt i stillingen, jfr. Aml § 62 første ledd 1.pkt. Dessuten vil den oppsagte ha krav på erstatning og dekning av sine saksomkostninger, jfr. Aml. § 62 annet ledd. Står arbeidsgiver overfor en situasjon der outsourcing vurderes, kan det på denne bakgrunn være god grunn til å søke bistand av personer som har kompetanse på området før beslutning om outsourcing eventuelt treffes.

3.2 Implikasjoner fremover - hva skjer?

På grunnlag av at bedrifters bruk av outsourcing er omfattende, i privat så vel som i offentlig sektor, og bruken heller ikke ser ut til å avta, er det grunn til å tro at antallet saker som ender for rettsapparatet vil øke. Rettspraksis vil derfor bli en viktig faktor når innholdet i gjeldende rett på området skal fastsettes. Det er viktig at domstolene utvikler klare retningslinjer rundt oppsigelsesvernet ved utkontrahering.

Lovgiver har også et ansvar ved at rettspraksis kodifiseres i ny, presiserende lovgivning. På denne måten vil både arbeidsgiver og arbeidstaker oppnå en større grad av forutberegnelighet rundt situasjonen ved outsourcing.

Kanskje vil også fagorganisasjonene gripe mer tak i problemet rundt outsourcing, slik at det blir gjenstand for en større grad av regulering i tariffavtaler.⁶⁷

⁶⁷ Hovedavtalen mellom LO og NHO § 9-3 viser at partene er kjent med at outsourcing kan medføre problemer. Bestemmelsen mangler likevel eget rettslig innhold.

4 Litteraturliste

- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind 1. Oslo, 1995
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett*. Bind 2. Oslo, 1995
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 4. utg. ved Jan E. Helgesen. Oslo, 1997
- Fougner, Jan. *Arbeidsavtalen – utvalgte emner*. Oslo, 1999
- Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. 6. utg. Oslo, 1995
- Friberg, Odd. *Arbeidsmiljøloven med kommentarer*. 7. utg. Oslo, 1998
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 2. utg. Oslo, 1996
- Norsk lovkommentar*. Bind 2. 4. utg. Oslo, 2002
- Omstilling og nedbemanning*. Jan Fougner...[et al.]. Oslo, 2003
- Storeng, Nils H. *Arbeidsrett og omstilling*. Nils H. Storeng, Tom H. Beck og Arve Due Lund. Bind 1. Oslo, 1999.

Artikler:

- Foyn, Sten. *Arbeidstakervern ved overdragelse av virksomhet*. I: MARIUS nr. 209. Oslo, 1994, s. 43-71.
- Stang, Trond. *Outsourcing - Regelverk og rettslige problemer. BP's begrunnelse for og erfaringer med outsourcing*. I: MARIUS nr. 225. Oslo, 1996, s. 5-20.
- Sønsteli Johansen, Atle. *Betydningen av om ansatte følger med for spørsmålet om det foreligger overdragelse etter rådsdirektiv 77/187 EØF, jfr. Arbeidsmiljøloven kapittel XII A*. I: Lov og rett. Nr. 7, 2002, s. 447-453.

